Das Wirksamwerden der Willenserklärung nach deutschem und ausländischem Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

* * *

Vorgelegt von
Karl Adolf Bünger
Gerichtsreferendar in Berlin.

Berlin 1931.

Buchdruckerei Knuppe & Baumgart, Berlin-Steglitz, Heese-Straße 6.

Referent: Herr Professor Dr. Heinrich Stoll.

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 1930.

Das Wirksamwerden der Willenserklärung nach deutschem und ausländischem Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

* * *

Vorgelegt von
Karl Adolf Bünger
Gerichtsreferendar in Berlin.

Berlin 1931.

Buchdruckerei Knuppe & Baumgart, Berlin-Steglitz, Heese-Straße 6.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Einteilung.

Deutsches Recht.

Seite

I. Einleitung
  a) Fragestellung 12
  b) Geschichtliche Entwicklung 13
II. Zeitpunkt des Zugangs der Willenserklärungen
  a) unter Abwesenden
    Definition 14
    Anwendung auf typische Fälle 16
  b) unter Anwesenden 21
  c) gemäß Parteivereinbarung 22
III. Verhinderung des Zugangs 23
IV. Wesen des Zugangs 26
V. Folge des Zugangs: Wirksamkeit der Willens-Erklärung
  Der Grundsatz 28
  Vollendung und Wirksamkeit 28
  Gesetzliche Ausnahmen 29
  Vertragliche Ausnahmen 30
  Erlöschen der Unwiderruflichkeit 30

Oesterreichisches Recht.

I. Einleitung 32
II. Wirksamwerden
  1. Offerte 32
  2. Annahme 33
  3. Kündigung der Miete 35
  4. Zusammenfassung 37
    Grundsatz
    Ausnahmen
    Zeitpunkt des Zugangs
    Wirksamkeit oder Vollendung

Schweizerisches Recht.

I. Einleitung 39
II. Wirksamwerden unter Abwesenden 39
  1. Offerte 39
  2. Annahme 40
  3. Widerruf 40

4. Schlußziehung 40
a) Grundsatz 40
b) Ausnahmen (gesetzliche, vertragliche) . . 41
c) Zeitpunkt des Zugangs 42
d) Wirksamkeit und Vollendung 43
III. Wirksamwerden unter Anwesenden 43

Französisches Recht.

I. Einleitung 45
II. WEen unter Anwesenden 45
III. WEen unter Abwesenden 45
a) Vertragsschluß. Annahmeerklärung 45
b) Kündigung der Miete 53
c) Notification 55
d) Widerruf 55
e) Zusammenfassung 56
f) Wirksamkeit 56
1. Wirksam gleich vollendet 56
2. Erlöschen der Widerruflichkeit 57

Englisches Recht.

I. Einleitung 59
II. Offerte 59
III. Annahme 61
IV. Widerruf 63
V. Regelung des Indian Contract Act 65
VI. Zusammenfassung 66

Abkürzungen.

ABGB = österr. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.
ADHGB = Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861.
ALR = Preuß. Allgemeines Landrecht von 1794.
Arch. Civ. Pr. = Archiv für die Civilistische Praxis.
BGB = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
BGE = Entscheidungen des Schweizer. Bundesgerichts.
C. c. = Code civil.
C. pr. c. = Code de procédure civile.
Clunet = Journal de droit international privé de Clunet.
DJZ = Deutsche Juristen-Zeitung.
DP = Dalloz. Recueil Périodique. (Jahr, Teil, Seite).
Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begr. von Gruchot.
HGB = Handelsgesetzbuch.
Jhering = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts.
JW = Juristische Wochenschrift.
KO = Konkursordnung.
LZ = Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
OGHE = Entscheidung des österr. Obersten Gerichtshofs.
OLG = Oberlandesgericht.
OLGE = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
OR = Schweizer. Bundesgesetz über das Obligationenrecht v. 30. III. 1911.
OVG = Preuß. Oberverwaltungsgericht.
OVGE = Entscheidungen des OVG.
RG = Reichsgericht.
RGZ = Entscheidungen des RG in Zivilsachen.
Seuffert = Seufferts Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Sirey = Sirey. Recueil d'arrêts.
WE = Willenserklärung.
WO = Wechselordnung.
ZGB = Schweizer. Zivilgesetzbuch.
ZHR = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
ZPO = Zivilprozeßordnung.

Literatur.

Deutsches Recht.

Bendix. Eine Gefahr des eingeschriebenen Briefes. DJZ 1913, 406.

Bieber. Der Zugang empfangsbed. WEen. Würzburger Diss. 1908.

v. Blume. Versäumnis des Empfangens von WEen. Jhering 51, 1.

Breit. Zur Lehre vom Rechtsgeschäft. Sächs. Archiv f. bürg. Recht 13, 285; 15, 165, 637.

Breit. Die WE als Aeußerung und Leistungsgegenstand. Gruchot 55, 1.

Brodmann. Die Handelsgeschäfte. Ehrenberg's Handbuch, IV, 2. Leipzig 1918.

Crome. System des Deutschen Bürgerl. Rechts. Tübingen 1900.

Danz. Die Adressierung der empfangsbedürft. WEen, Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 1907, 137.

David. Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbed. WE. Gruchot 46, 232.

Dernburg. Das bürgerl. Recht, 1. Band, 3. Aufl. Halle 1906.

Düringer, Hachenburg. Das Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. Mannheim 1913.

Eckstein. Die Verhinderung des Zugehens einer empfangsbedürftigen WE. Blätter f. Rechtspflege im Bezirk d. Kammerg. 1919, 112.

Endemann. Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus. Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, Allg. Teil, 15.—17. Aufl. Marburg 1921.

Fabricius. Welche Wirkungen hat die Nichtannahme von Schriftstücken und die Verhinderung ihres Zugehens? Diss. Göttingen 1926.

Förster-Eccius. Preuß. Privatrecht, 6. Aufl. Berlin 1892.

Frankenstein. Internat. Privatrecht. Berlin 1926.

Fritze. Die stillschweigende WE im bürgerl. Gesetzbuch. Archiv f. bürg. Recht, 14 (1898), 181.

Goldmann-Lilienthal. Das bürgerl. Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Goldschmidt. In ZHR 13 (1869), 336.

Gottschalk. Die empfangsbedürftige WE nach dem BGB. Diss. Erlangen 1903.

Habicht. Die Verhinderung der Abgabe einer WE. DJZ 1901, 265.

Hahn. Kommentar zum Allg. Deutschen HGB. Bd. 2. Braunschweig 1867.

Haumann. Die Nichtannahme empfangsbedürftiger WEen. Diss. Erlangen 1913.

Hedemann. Ueber Titzes Zeitpunkt. Arch. f. bürg. Recht 25 (1905), 360.

Hellwig. Reichsgerichtliche Judikatur über das Zugehen von WEen. JW 1905, 356.

Heuer. Postordnung u. Empfänger bei eingeschriebenen Briefen. DJZ 1908, 1278.
Heule. Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Berlin 1912.
Hölder. Kommentar z. BGB. Allg. Teil München 1900.
Hölder. Der Zugang der WE. DJZ 1901, 340 u. 157.
Hölder. Das Wesen der rechtswirksamen WE. Jhering 55, 413.
Hölder. Zur Theorie der WE in Festschrift f. Degenkolb. Leipzig 1905.
Isay. Die WE im Tatbestande des Rechtsgeschäfts. Jena 1899.
Joerges. Zum Recht des Fernsprechverkehrs. ZHR 56, 44.
Joesting. Wann geht nach § 130 BGB eine Willenserklärung zu? Diss. Marburg 1917.
Jung. Das Wirksamwerden der mündlich an Mittelspersonen bestellten WE. Arch. Civ. Pr. 117, 73.
Kantorowicz. Methodologische Studie über den Zugangsbegriff. Diss. Göttingen 1917.
Kleinrath. Vertragsklausel. JW 1912, 261.
Koppers. WEen mittels Fernsprechers. DJZ 1901, 112.
Koppers. Zugehen mündl. WEen. DJZ 1906, 75.
Koppers. Die Vollendung empfangsbed. mündl. WEen. Gruchot 46, 225.
Koppers. Zeitpunkt der Vollendung einer d. Ferndrucker übermittelten WE. DJZ 1905, 159.
Krückmann. Verhinderung des Vertragsschlusses. Recht 1911, 56.
Kunstmann. Das Zugehen der rechtsgeschäftlichen WEen nach § 130, 131 BGB. Diss. Erlangen 1906.
Leonhard. Die Wahl bei der Wahlschuld. Jhering 41, 1.
Linnemann. Das Wirksamwerden von WEen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind, im mitteleuropäischen Privatrecht. Diss. Heidelberg 1919. Maschinenschrift.
Manigk. Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
Mentzel. Kommentar zur Reichskonkursordnung. Mannheim 1928.
Motive zu dem Entwurfe eines BGB. Berlin 1888.
Mühlhoff. Wirksamwerden und Verhindern einer WE. Diss. Marburg 1913.
Müller. Die Verträge der Post. Diss. Leipzig 1908.
Müller-Erzbach. Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Arch. Civ. Pr. 106, 309 (431 ff.)
Neubecker. Haftung für Wort und Werk, in Festgabe der Berliner jur. Fakultät für Otto Gierke. Bd. 3 S. 177—363 (187 ff.) Breslau 1910.
Neugebauer. Was ist in § 130 BGB unter Zugehen zu verstehen? Diss. Breslau 1908.
Oertmann. Zugehen und Vernehmen. Recht 1906, 721.
Oppermann. Mündliche WEen unter Abwesenden. Sächs. Arch. Rpfl. 1918, 310.
Planck's Kommentar z. BGB. 4. Aufl. Berlin 1913.

Protokolle d. Kommission f. d. 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1897 ff.

Rathenau. Zugang der WE bei Abholung von Postsendungen. DJZ 1902, 147.

Regelsberger. Die Erklärung der Annahme durch den Fernsprecher. Bank Archiv 9, 273.

Regelsberger. Civilrechtliche Erörterungen. Weimar 1868.

Reichel. Vertragsmäßige Fiktion des Zugangs einer Erklärung. DJZ 1911, 1534.

Reichel. Die Einschreibeklausel. Bank A. 11, 40.

Rhodovi. Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger WEen durch Zugehen nach dem BGB. Diss. Rostock 1911.

Saleilles. De la déclaration de volonté. Paris 1901.

Sames. Der Ferndrucker als Uebermittler von WEen. DJZ 1904, 1179.

Scherer. Allgem. Teil des BGB. Erlangen 1897.

Scholz. Post-, Telegrafen- und Fernsprechrecht in Ehrenberg's Handbuch d. ges. Handelsrechts, V, 2. Leipzig 1915.

Seidler. Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn derjenige, an den eine WE gerichtet ist, das rechtzeitige Zugehen vorsätzlich oder fahrlässig verhindert? Diss. Erlangen 1911.

Siecke. Was bedeutet das Zugehen bei den empfangsbedürftigen WEen? Diss. Rostock 1905.

Sokolowski. WEen mittels Fernsprechers u. Ferndruckers. Diss. Rostock 1908.

Staub's Kommentar zum HGB. 3. Band, 12./13. Aufl. Berlin 1926.

Staudinger-Riezler. Kommentar z. BGB. Allg. Teil, 9. Aufl. 1925.

Strauß. Der Tod einer Partei während des Vertragsschlusses. Diss. Erlangen 1915.

Stammler. Die grundsätzlichen Aufgaben des Juristen usw. Verwaltungsarchiv 15, 1 (53).

Thiele. Die Kündigung usw. Arch. Civ. Pr. 89, 85 (134 ff.)

Thöl. Das Handelsrecht. Bd. 1. Göttingen 1841.

Titze. Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbed. schriftlichen WEen. Jhering 47, 379.

Wedemeyer. Die Aeußerungstheorie im geltenden Recht. DJZ 1912, 252.

Winkler. Die Rechtswirksamkeit der Kündigung. JW 1908, 705.

Wertheimer. Die Einlösung von Zinsscheinen ausgeloster Obligationen. Bank Arch. 6, 54.

Windscheid-Kipp. Lehrbuch d. Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt 1906.

Zielke. Wirksamwerden unmittelbar wahrzunehmender WEen. Sächs. Archiv f. Rechtspflege 1911, 73.

Zitelmann. Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB, 1. Teil. Berlin 1889.

Entscheidungssammlungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ).
Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts (OVGE).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLGE).
Seufferts Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Seuffert).
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, dass. Ergänzungsband: Rechtsprechung d. RG (Warneyer).

Oesterreichisches Recht.

Dubowy u. Lesser. ZPO und Jurisdiktionsnorm. 2. Aufl. 1928.
Ehrenzweig. System des öst. allg. Privatrechts. 2. Aufl. (7. Aufl. von Pfaff u. Krainz). 2. Band. 1. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse. Wien 1928.
Gans u. Kafka. Sammlung von Entscheidungen des Ob. Gerichts in Zivilsachen (Brünn). Band 1. Reichenberg 1922.
Glaser u. Unger. Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des K. K. Ob. Gerichthofs. Begonnen von Glaser u. Unger. Bd. 2, 37, 39 und 41.
Hasenöhrl. Das österr. Obligationenrecht. Wien 1881/90.
Hermann. Die Zivilprozeßordnung. 6. Aufl. Wien 1924.
Jelles. Oberstgerichtl. Rechtsprechung auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechts. Wien 1915.
Kaiserliche Verordnung vom 19. 3. 1916 über die 3. Teilnovelle mit Materialien. Wien 1916.
Krasnopolski u. Kafka. Oesterr. Obligationenrecht. Leipzig 1910.
Langrod. Die 3. Teilnovelle. Wien 1916.
v. Mayr. Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. 2, 1 Schuldverhältnisse. Reichenberg 1922.
Neumann. Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen. 4. Aufl. Wien 1927/8.
Nowack. Entscheidungen des K. K. Oberst. Gerichtshofs. Fortsetzung der von Nowack begründeten Sammlung. N. F. Bd. 17. Wien 1917.
Pollack. System des Oesterr. Zivilprozeßrechts. Wien 1903/6.
Schuster von Bonnott. Grundriß des Obligationenrechts, 2. Aufl. München 1914.
Stubenrauch. Kommentar z. österr. allgem. bürg. Gesetzbuch. Band 2, 2. Aufl. Wien 1899.

Schweizer Recht.

Baur. Der Vertragsschluß mittelst des Telefons. Diss. Bern 1912.
Becker. Obligationenrecht. (Kommentar zum Schw. ZGB, herausgeg. von Gmür, Bd. 6). Bern 1917.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf . . . des Obligationenrechts. Bern 1905.
Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung. Bd. 25, II.
Funk. Handkommentar des schw. Obligationenrechts. Aarau 1928.
Hodler. Der Widerruf nach schweiz. Obligationenrecht, verglichen mit dem deutschen Recht. Bern 1909.
Maag. Vertragsschluß unter Abwesenden nach schweiz. Obligationenrecht. Diss. Zürich 1891.
Oser. Das Obligationenrecht. (Kommentar zum Schweiz. ZGB, herausgeg. von Egger u. a. Bd. 5). Zürich 1915.
v. Tuhr. Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts, 2 Bände. Tübingen 1924/5.

Französisches Recht.

Aubry-Rau. Cours de droit civil fr. 5. Aufl. Paris 1897 ff.
Baudry-Lacantinerie u. andere. Traité théorique et pratique de droit civil. 3. Aufl. 29 Bände. Paris 1905 ff.
Colin. Cours élémentaire de droit civil français. 4. Aufl. 3 Bände. Paris 1923/4.
Crome. Die Grundlehren des französ. Obligationenrechts. Mannheim 1894.
Dalloz. Répertoire pratique de législation etc. Paris 1910—1926.
Demolombe. Traité des contrats. Band 1 u. 2 (2. Aufl.), 3 (3. Aufl.) (= Cours de Code Napoléon Bd. 24-30). Paris 1870 ff.
Dolbeau. Des contrats par correspondance. Paris 1896.
Duranton. Cours de droit civil. Bd. 9, bearbeitet v. Toullier. Brüssel 1893.
Fuzier-Herman. Code civil. 4 Bde. Paris 1885—1898.
Hepp. De la correspondance privée. Paris 1864.
Larombière. Théorie et pratique des obligations. Commentaire, Band 1, 2. Aufl. Paris 1885.
Laurent. Principes de droit civil. 5. Aufl. Paris 1893.
Planiol. Traité élémentaire de droit civil. 9. Aufl. Paris 1922/4.
Rousseau. Traité théorique et pratique de la correspondance par lettres missive et télégrammes. Paris 1876.
Scherer. Der Vertragsschluß unter Abwesenden nach rhein., franz. u. ital. Recht. Beilageheft z. Zeitschr. f. franz. Civilr. Band XVI. Mannheim 1886.
Serafini. Il telegrafo in relazione alla Giurisprudenza. Pavia 1862.
Stabel. Institutionen des französ. Zivilrechts. Mannheim 1871.
Surville. Du contrat par correspondance, notamment dans les rapports internationaux. Clunet 1891, 361.
Tissier, Darras, Loniche-Desfontaines. Code de procédure civile. Bd. 1. Paris 1901.

Toullier. Le droit civil français. Band 6 u. 9, 4. Aufl. Paris 1824.
Troplong. Le droit civil expliqué etc. De l'échange et du louage. Paris 1840. — De la vente. Paris 1837.
Valéry. In Dalloz, Périodique. 1913. 2. 1.
Zachariae v. Lingenthal. Handbuch des französ. Zivilrechts. Bd. 2, 6. Aufl. Heidelberg 1875.
Dass., bearbeitet von Crome. Bd. 2, 8. Aufl. Freiburg 1894.

Zeitschriften:

Dalloz. Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence (DP).
Journal du droit international privé. (Clunet.)
Sirey. Recueil des sommaires de la jurisprudence française.

Englisches Recht.

Anson. Principles of the english law of contract. 16. Aufl. von Gwyer. Oxford 1923.
Anson (Prochownick). Die Grundzüge des engl. Vertragsrechts. Uebersetzung u. Erläuterungen von Prochownick. Berlin 1908.
Anson (Turck). Principles of the law of contracts. With american notes by Turck. Chicago 1929.
Curti. Englands Privat- und Handelsrecht. Band 2. Berlin 1927.
Finch. A selection of cases on the english law of contract. 2. Aufl. Cambridge 1896.
Pollock. Principles of contract. 9. Aufl. London 1921.
Pollock and Mulla. Indian Contract and Specific Relief Acts. 5. Aufl. London, Bombay 1924.
Prochownick. Das bürgerliche Recht Englands. (Kommentar, begonnen von Schirrmeister) Band 2 (Obligationen). Berlin 1929.
Schuster. Der Vertragsschluß nach englischem Rechte. Busch's Archiv für Theorie und Praxis des Allgem. Deutschen Handels- u. Wechselrechts. Band 45, S. 316 ff. Berlin 1884.

Deutsches Recht.

I. Einleitung.

a) Fragestellung.

Unter WE wird die auf eine Rechtswirkung gerichtete Privatwillensäußerung verstanden. [1]) Das BGB gebraucht den Ausdruck gleichbedeutend mit „Rechtsgeschäft", d. i. der Tatbestand, der eine oder mehrere WEen enthalten kann, und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt einer Rechtswirkung anerkannt ist. Die Wissenschaft jedoch pflegt die beiden Begriffe zu trennen. Das Wort und auch der einheitliche Begriff der WE ist im deutschen Recht noch nicht alt. Die ausländischen Rechte haben vielfach heute noch keinen festen Ausdruck angenommen, sondern gebrauchen, wie auch lange im gemeinen deutschen Recht, verschiedene Worte, wenn auch der Begriff sich mit Notwendigkeit ergibt und in den hier behandelten Rechten besteht.

Eine WE durchläuft regelmäßig mehrere Stadien. Zunächst ist auf Seiten des Erklärenden der Wille auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung vorhanden, der sog. Geschäftswille. Zu ihm tritt die Aeußerung, die Kenntlichmachung dieses Willens, die Erklärung. Von diesem Augenblick an kann man erst von WE sprechen. Der nicht kenntlich gemachte Wille ist praktisch und rechtlich unbeachtlich. Auf die Aeußerung folgt die Abgabe der WE in der Richtung nach dem Adressaten, die Adressierung. In dem folgenden Stadium der Uebermittlung, die auf die verschiedenste Art erfolgen kann, legt die WE die Entfernung von dem Erklärenden zu dem Anerklärten zurück. Die Ankunft in dessen Machtbereich ist ein weiteres Stadium, woran sich die Kenntnisnahme des Adressaten anschließt.

Es fragt sich nun, in welchem Augenblick die WE die beabsichtigten Wirkungen hervorbringt, wirksam wird. Eine Reihe von WEen sind nun nicht zur Wahrnehmung durch einen Dritten bestimmt, z. B. die Dereliktion. Sie durchlaufen daher nicht notwendig noch weitere Stadien. Von ihnen soll in dieser Arbeit abgesehen werden. Die meisten WEen [2]) aber sind dazu bestimmt, von einem Gegner wahrgenommen zu werden. Diese WEen nennt die deutsche Wissenschaft empfangsbedürftig. [3]) Als Hauptbeispiele sind die Offerte, die An-

[1]) Motive I 126; RGZ 58, 346; Isay 26; Enneccerus § 128 III 1.

[2]) Aufstellung bei Rhodovi 2.

[3]) Der Ausdruck stammt von Zitelmann 22, ist aber insofern irreführend, als er zu der unrichtigen Vorstellung verleiten kann, es sei eine Tätigkeit des Anerklärten notwendig.

nahme und die Kündigung zu nennen. Es besteht aber kein grundsätzlicher Unterschied zwischen empfangs- und nicht empfangsbedürftigen WEen. Auch die ersteren können ihre Empfangsbedürftigkeit verlieren, wie z. B. die Annahme im Falle des § 151 BGB (868 ABGB) schon mit Aeußerung wirksam sein kann.

Die genannten Stadien der WE sind klar erkennbar, wenn die WE schriftlich zwischen Abwesenden vorgenommen wird, die Stadien fallen aber teilweise zusammen bei der mündlichen Unterhaltung; ihre Unterscheidung ist aber auch hier theoretisch möglich und rechtlich bedeutsam.

Den Stadien der WE entsprechend unterscheidet man verschiedene Möglichkeiten des Wirksamwerdens. In der deutschen Wissenschaft pflegt man vier Theorien zu unterscheiden. 1. Aeußerungstheorie. Nach ihr ist der Zeitpunkt, an dem der Wille erkennbar gemacht wird, äußere Gestalt annimmt, maßgebend. 2. Die Uebermittlungstheorie stellt auf die Absendung ab, z. B. die Uebergabe des Briefes an die Post. 3. Die Empfangstheorie läßt die Ankunft beim Anerklärten entscheiden. 4. Die Vernehmungstheorie fordert, daß der Adressat Kenntnis von der Erklärung erlangt hat.

Für jede dieser Theorien werden gute Gründe angeführt. Das Gesetz oder die Praxis hat zwischen den widerstreitenden Parteiinteressen abzuwägen. Dabei können bei den einzelnen Arten der WEen verschiedene Erwägungen zu verschiedenen Lösungen führen. Das BGB hat im § 130 die Frage nach dem Wirksamwerden der WE grundsätzlich für alle WEen gleich beantwortet zu Gunsten der Empfangstheorie. [1]) In dem deutschrechtlichen Teile werden daher eingehende Betrachtungen über den Zugang anzustellen sein. Die anderen hier behandelten Rechte enthalten dagegen keine derartige grundsätzliche Regelung. Bei ihnen muß daher erst versucht werden, einen Grundsatz zu finden.

b) Geschichtliche Entwicklung.

In der gemeinrechtlichen Lehre wird die Frage nach dem Wirksamwerden der WEen nicht grundsätzlich für alle beantwortet. Indessen untersuchte man, wann ein Vertrag unter Abwesenden perfekt sei, und spitzte diese Erörterung dahin zu: Wann liegt eine wirksame Annahme vor? Dabei ging man davon aus, daß ein Vertrag aus Offerte und Annahme bestehe, und daß mit Wirksamkeit der zeitlich späteren Annahme der Vertrag geschlossen sei. Dabei entwickelte die Wissenschaft die eingangs genannten Theorien, gelangte jedoch zu keiner Einigung oder herrschenden Ansicht. [2])

---

[1]) Der Regelung des BGB folgen das von ihm weitgehend beeinflußte japanische BGB § 97 und das chinesische BGB § 95 wenigstens für WEen unter Abwesenden.

[2]) Literaturzusammenstellung über die Anhänger der einzelnen Theorien bei Windscheid-Kipp I 244; Thöl 174; Serafini 52.

Das Preußische ALR von 1794 löste die Streitfrage weder grundsätzlich noch allein für den Vertragsschluß. In der Literatur war man sich daher auch nicht einig. Die Praxis entschied sich für die Empfangstheorie. [1])

Das ADHBG von 1861 Art. 319, 320 folgte für den Vertragsschluß der Empfangstheorie. [2]) Dies ist jedoch nicht unbestritten [3]), da Art. 321 die Wirkungen des Vertrages in den Augenblick der Absendung der Annahme verlegt. Diese Bestimmung setzt jedoch, wie der Wortlaut klar erkennen läßt, den Vertragsschluß (durch Ankunft der Annahme) voraus. Entscheidend ist, daß die Annahme bis zum Eingehen beim Offerenten widerruflich ist, also erst dann wirksam wird.

Der Empfangstheorie folgt ferner das sächsische BGB von 1863 im § 815.

Bei der Abfassung des BGB erkannten die Redaktoren die Bedeutung einer grundsätzlichen Regelung des Wirksamwerdens der WE. Bei der Erörterung der einzelnen Theorien wurde hervorgehoben, daß in grundsätzlicher Hinsicht viel für die Vernehmungstheorie spräche. Man entschloß sich aber doch für die Empfangstheorie [4]), da nur sie den Verkehrsbedürfnissen gerecht werde. Bei billiger Abwägung der Interessen der beiden Parteien begünstige die Vernehmungstheorie einseitig den Adressaten, denn es stehe nach ihr meist in seinem Belieben, ob und wann die WE wirksam werde, da er ja die Kenntnisnahme willkürlich herbeiführen oder verhindern könne; auch würde nach ihr dem Absender der sehr schwierige Beweis aufgebürdet, daß der Empfänger die WE in sein Bewußtsein aufgenommen habe. Die beiden anderen vom BGB verworfenen Theorien wiederum berücksichtigen nicht genügend, daß es wünschenswert sei, daß die WE zu ihrem vollen rechtlichen Erfolg, d. h. wenn sie für und gegen den Adressaten wirken solle, auch von ihm vernommen werde. Daß sie ihm aber, da diese Forderung wie bekannt den Adressaten einseitig begünstige, mindestens so nahe gebracht sein müsse, daß der Adressat die WE unter normalen Umständen in Erfahrung bringen könne.

II. Zeitpunkt des Zugangs der Willenserklärungen.

a) Unter Abwesenden.

Nach § 130 BGB wird eine empfangsbedürftige WE dem abwesenden Erklärungsgegner gegenüber in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem

---

[1]) Entscheidungen des Kgl. Obertribunals 43, 42; Förster-E. I, 444 auf Grund von ALR I 5 § 105 i. Vbdg. m. §§ 98, 99.

[2]) Hahn, Art. 319 § 11, Art. 320 § 1; Regelsberger Civilr. Erört. 45; Dolbeau 310.

[3]) Goldschmidt ZHR 1869, 336.

[4]) Motive I 157; Protokolle I 69.

sie ihm zugeht. Was unter Zugang zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Der Gesetzgeber hat die Feststellung dieses Begriffs der Wissenschaft überlassen. Dem Wort kann nicht viel entnommen werden. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch wird es gleichbedeutend mit erhalten gebraucht, drückt also die tatsächliche Machterlangung eines von außerhalb des Machtbereichs des Empfängers kommenden Gegenstandes aus, während ihm nicht Kenntniserlangung zu entnehmen ist. Das Gesetz hat das Wort offenbar in dem Sinne gebraucht, den es in der Rechtswissenschaft angenommen hat. Die Entstehungsgeschichte läßt erkennen, daß ein Zeitpunkt zwischen der Absendung und vor der Kenntnisnahme gemeint ist. Die Interessen des Empfängers, ebenso wie der Zweck, der WE, fordern Kenntnisnahme. Da dies im Interesse des Erklärenden abgelehnt ist, kann der Empfänger wenigstens die Möglichkeit der Kenntnisnahme fordern. Im Interesse des Erklärenden liegt ein frühes Wirksamwerden, denn um so kürzer wird die Zeit seiner Gefahrtragung für den möglichen Untergang der WE. Das Gesetz hat ihm aber nicht zugebilligt, daß seine WE schon mit dem Ende seiner Tätigkeit, z. B. der Absendung des Briefes, wirksam wird, sondern hat ihm noch die Gefahr während der Uebermittlung aufgebürdet. Der Absender hat, wenn auch nicht immer, Einfluß auf die Art der Uebermittlung, die Person oder die Anstalt, oder kann sich doch bei deren Versehen an sie halten. Er muß daher auch die Gefahr tragen, daß die Uebermittlung zu einem dem Zweck der WE entsprechenden Abschluß kommt. Dies ist der Fall, sobald **die Kenntnisnahme dem Empfänger unter normalen Umständen möglich und nach der Verkehrsauffassung von ihm zu erwarten ist.** Dieser Zeitpunkt wird regelmäßig, aber nicht notwendig, mit dem der Machterlangung zusammenfallen. Die gegebene Bestimmung stimmt sachlich mit der der herrschenden Ansicht in der Literatur überein. [1]) Mitunter fehlt die Anführung der Verkehrsauffassung, ohne daß eine sachliche Aenderung damit bedingt ist, denn die Möglichkeit der Kenntnisnahme unter regelmäßigen Verhältnissen wird von diesen Schriftstellern eben verneint, wenn nach der Verkehrsanschauung nicht anzunehmen ist, daß der Adressat Kenntnis nehmen wird. Der Zusatz trägt indessen wesentlich zur Klarheit bei und gibt einen guten Anhalt in der Praxis.

Die abweichende Ansicht von Titze [2]), daß Besitzerwerb des Empfängers erforderlich sei, ist vereinzelt geblieben; sie ist auch abzulehnen, da einmal dieses strenge Erfordernis im Gesetz nicht zum Ausdruck gebracht ist, wie leicht hätte geschehen können, wenn es dem Willen des

---

[1]) Planck § 130, A. 1; Endemann 311; Staudinger § 130 A. 3; Staub Anhang § 361 A. 5 a; Dernburg 447; Enneccerus § 149 II; Crome I, 393; Hölder DJZ O 1, 341; Isay 91; Manigk 311; Goldmann L. 170 A. 4; Kantorowicz 35; Mühlhoff 17; Rhodovi 22.

[2]) Jher. Jb. 47, 387; ebenso Kunstmann 55, Kipp in Windscheid Bd. I, 341.

Gesetzgebers entsprochen hätte, ferner aber auch, weil die Definition von Titze nicht auf mündliche WEen unter Anwesenden ausdehnbar, wie wünschenswert, sondern nur auf schriftliche anwendbar ist, und auch hier zu Ausnahmen zwingt.

Das RG schließt sich der herrschenden Ansicht der Literatur an. Es genüge, daß der Adressat in eine Lage versetzt werde, die ihm unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit zur Kenntnisnahme gewährt [1]), wozu in einer späteren Entscheidung noch der Zusatz kommt: „und nach den Gepflogenheiten des Verkehrs, von ihm zu erwarten ist, daß er die Kenntnis sich tatsächlich verschafft". [2]) Bei Schriftstücken jedoch fordert das RG zum Zugang tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers. [3]) Man muß sich aber damit begnügen, wenn ein Schriftstück dem Adressaten zur Kenntnisnahme vorgelegt, sodann aber wieder mitgenommen wurde, ohne daß er etwa das Schriftstück selbst in Händen hatte. [4])

Anwendung auf typische Fälle.

1. Wohnung und Briefkasten.

Der häufigste Fall, wie eine WE unter Abwesenden an den Adressaten gelangt, vollzieht sich so, daß der Postbote den Brief, der die Erklärung enthält, in den Briefkasten oder durch die Wohnungstür des Adressaten wirft. Hiermit geht die WE regelmäßig zu, da von diesem Augenblicke an Wahrnehmungsmöglichkeit empirisch vorliegt. [5]) Gleichgültig ist der Zeitpunkt, wann der Adressat Kenntnis von dem Inhalt des Briefes nimmt, ja ob er überhaupt jemals von dem Inhalt [6]) oder auch nur von dem Einwurf des Briefes erfährt. Wird der Brief nachher gestohlen oder geht er unter, so hindert dies nichts an der bereits eingetretenen Wirksamkeit für und gegen jede der Vertragsparteien. [7]) Ferner ist es für den Zugang unerheblich, ob der Adressat verreist ist, ob er bewußtlos oder vorübergehend geistesgestört ist. Der Absender kann und braucht mit diesen Ereignissen nicht zu rechnen.

---

[1]) RGZ 60, 336; 61, 127.

[2]) RGZ 99, 23.

[3]) RGZ 50, 194; 56, 263; 58, 407; 61, 415; 91, 63; vgl. Bayr. Ob. Ger. Seuff. 63, 50 (die Mitteilung an den gegnerischen Anwalt, es sei dem Gericht ein Schriftsatz überreicht, den jener einsehen wolle, genügt nicht zum Zugang). Posen OLGE 35, 296.

[4]) vgl. Königsberg OLGE 10, 64.

[5]) Endemann 312; Goldmann Lil. 170; Hölder § 130, 3; Titze 434; Isay 92, Planck 329, Staudinger § 130, 3a; RGZ 60, 334; 61, 125; 99, 20.

[6]) RG Recht 1914 Nr. 1387.

[7]) RGZ 56, 262; 59, 406; 60, 334; OLG Hamburg Seuff. 42, 269.

Erforderlich ist aber, daß der Aufschrift des Briefes genau entnommen werden kann, wer unter mehreren möglichen Empfängern im Hause gemeint ist. Kommt der Brief zufällig dem richtigen Empfänger zur Kenntnis, so liegt Zugang vor. Vorher aber kann der Brief von allen zurückgewiesen werden aus einem nicht von ihnen zu vertretenden Grunde, und solange ist ein Zugang nicht erfolgt. [1])

Aber nicht immer wird die WE mit dem Augenblick des Einwurfes des Briefes wirksam. Wird nämlich der Brief nicht in den Tagesstunden, sondern in der Nacht eingeworfen, so wird die WE erst am nächsten Morgen, wenn man die ersten Briefe zu empfangen pflegt, wirksam; [2]) anders natürlich, wenn der Adressat den Brief noch in der Nacht aus dem Kasten nimmt; [3]) hier tritt der Zugang schon mit dieser Handlung ein, denn die Wahrnehmung schließt den Zugang in sich mit ein.

WEen, die in Geschäftsräumen während der üblichen Geschäftsstunden abgegeben werden, gehen in diesem Augenblick zu; [4]) anders dagegen, wenn sie außerhalb derselben eingehen. [5]) Die Dauer der Geschäftszeit ist örtlich verschieden, es ist dies Tatfrage. Besonders früher Geschäftsschluß, auch wenn er regelmäßig, z. B. bei den Banken um 5 Uhr erfolgt, bleibt außer Betracht. [6])

Trägt der Briefkasten besondere Vermerke über die Benutzung, etwa daß er nur für bestimmte Sendungen dient oder nur zu bestimmten Zeiten geleert wird, so ist dies beachtlich, denn niemand ist zur Anbringung von Briefkästen verpflichtet; daß hierin für den Absender liegende Entgegenkommen kann daher auch eingeschränkt werden. [7]) Andere Sendungen, als für die der Briefkasten nach einer etwaigen Aufschrift bestimmt ist, und außerhalb der Leerungszeiten eingeworfene Mitteilungen werden also erst mit Eintritt der nächsten Leerungszeit wirksam. [8])

Wenn es zum Zugehen genügt, daß die schriftliche oder eine andere verkörperte WE in den Briefkasten oder durch die Wohnungstür des Adressaten geworfen wird, da von diesem Zeitpunkt an regelmäßig Wahrnehmungsmöglichkeit gegeben ist, so ist hiervon der Fall nicht verschieden, daß eine derartige WE in der Wohnung oder in dem

---

[1]) Vgl. RGZ 125, 75/6.

[2]) Dernburg § 132 B. 1; Titze 435; Staudinger § 130, 3 b. Das LG Hamburg hielt z. B. eine abends 9½ Uhr eingeworfene Kündigung für die Großstadt noch für sofort wirksam. Hanseat. Ger. Zt. 1901, 131.

[3]) Titze 429, 435 Anm. 89.

[4]) OLG Hamburg Seuff. 42, 269; dass. OLGE 6, 36 bestätigt in RGZ 53, 59. (Bei Eintreffen nach 10 Uhr abends im Büro keine Wirksamkeit mehr); Dresden OLGE 66, 437.

[5]) RGZ 99, 23; Warneyer 14, 160; Breslau OLGE 20, 58.

[6]) Titze 431 Anm. 82, 457.

[7]) Titze 439, RGZ 99, 20.

[8]) A. A. offenbar OVG. DJZ 1898, 311.

Geschäft des Adressaten einem Familienmitglied oder einem Angestellten oder Hausgenossen übergeben wird. Auch hier erwirbt der Adressat unter gewöhnlichen Verhältnissen mit diesem Augenblicke die Möglichkeit zur Kenntnisnahme, die WE geht zu und wird wirksam.[1])

Nicht wesentlich anders behandelt das RG den Fall, wenn eine WE mündlich einer in der Wohnung oder im Geschäfte des Adressaten befindlichen Person ausgerichtet wird. Ein Unterschied ergebe sich daraus, meint das Reichsgericht, daß bei der Uebergabe einer mündlichen WE zur Weitergabe an den Adressaten höhere Anforderungen an die Mittelsperson gestellt würden, als bei der Besorgung einer verkörperten Erklärung, mit anderen Worten, es ist schwieriger eine Bestellung auszurichten, als einfach einen Brief richtig weiterzuleiten. Der Erklärende dürfe daher seine mündliche Erklärung nicht wahllos jedem Hausgenossen anvertrauen, sondern nur solchen, die die „erforderlichen geistigen Fähigkeiten" besäßen. Diese Voraussetzung sei in der Regel bei erwachsenen Hausgenossen anzunehmen. Sind diese Vorsichtsmaßregeln befolgt, so läßt das RG den Zugang schon mit der Abgabe an die Mittelsperson und nicht erst mit der Uebermittlung an den Adressaten eintreten. [2]) So kann eine WE auch telefonisch regelmäßig jedem im Büro tätigen Angestellten [3]) oder einem am Fernsprecher des Empfängers befindlichen Familien- oder Haushaltsmitgliede [4]) zugesprochen werden mit der Wirkung der Wirksamkeit in diesem Augenblicke.

Diese Ansicht des RG ist in der Literatur stark umstritten. [5]) Sie ist aber richtig, denn mit der Ausrichtung der Bestellung an eine Person im Haushalt oder Geschäft des Empfängers ist die WE in dessen Machtbereich übergegangen. Es besteht für ihn die Möglichkeit, von ihr Kenntnis zu nehmen, und es ist auch zu erwarten, daß er sich die Kenntnis verschafft. Dies aber nicht etwa so, daß er im einzelnen Fall jeden seiner Hausgenossen fragt, sondern daß er allgemein und ständig darauf hinwirkt, daß ihm alle Bestellungen ausgerichtet werden. Das ist nach der Verkehrsauffassung von jedem zu erwarten. Von dieser Ansicht aus kann es keinen Unterschied machen, ob die Erklärung von einer Person abgegeben wird, die in die Wohnung kommt,

[1]) RGZ 50, 194; 56, 263; 58, 407; 60, 366; 61, 127; 91, 60; JW 05, 317; RGR Komm. § 130 Erl. 2; Enneccerus § 149, A. II 2 b S. 399; Breit Sächs. A. 664; Dernburg § 132 II B. 1; Hellwig JW 05, 357; Winkler JW. 1908, 706; Koppers Gruchot 46, 229; Planck § 130, Erl. 1; Staudinger § 130, 3 a; Titze 419, 423.

[2]) RGZ 60, 334.

[3]) RGZ 61, 125; 102, 295; RG. JW. 1922, 1194; OLG Stuttgart Recht 1912 Nr. 3168.

[4]) RGZ 56, 262; 97, 336; 105, 256.

[5]) Vgl. die Zusammenstellung bei Rhodovi 123/4; dem RG haben sich angeschlossen u. a. Staudinger § 130, 3 e und Staub § 361, 8.

oder ob sie durchs Telefon der Mittelsperson ausgerichtet wird. Folgerichtig hält das RG auch eine telegrafische Mitteilung für zugegangen, die von dem Telegrafenamt einem am Fernsprecher des Empfängers befindlichen Familien- oder Haushaltsmitglied zugesprochen wird. [1])

2. Postlagernde Sendungen.

Postlagernde gewöhnliche Briefsendungen werden dem Empfänger auf der Postanstalt ausgehändigt, wenn er es fordert. Dieses Abholungsverfahren kommt in Betracht, wenn der Empfänger es mit dem Absender oder ein für allemal mit der Post verabredet hat. [2])

Eine postlagernde Sendung geht in dem Augenblicke zu, in dem sie für den Adressaten zur Abholung bereitgestellt ist. [3]) Hiermit stimmt wohl auch das RG überein, wenn es den Zeitpunkt entscheiden läßt, in dem die postlagernden Sendungen gewöhnlich abgeholt zu werden pflegen. [4]) Denn dies ist mit Schalteröffnung der Fall, ebenso wie von diesem Zeitpunkt an die Sendung zur Abholung bereitsteht. Besonderheiten des einzelnen Empfängers in der Abholung können nicht entscheiden, es muß viel mehr die Zeit maßgebend sein, in der postlagernde Sendungen allgemein abgeholt werden, d. i. aber zu den gewöhnlichen Schalterstunden.

Diese Lösung entspricht unserer Definition, denn von diesem Augenblick an hat der Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme, und kann die Kenntnisnahme von ihm regelmäßig erwartet werden; sie entspricht auch der Billigkeit, denn diese Art der Sendung beruht auf dem besonderen Wunsch des Empfängers, zu seinen Lasten müssen daher auch besondere Nachteile gehen, die sich daraus ergeben. Aus diesen Gründen können die anderen für den Zugang noch möglichen Zeitpunkte nicht entscheidend sein, weder der Zeitpunkt der Abholung am Schalter [5]), noch der Zeitpunkt der Ablieferung in der Wohnung des Empfängers, der sich eines Boten zur Abholung bedient hat, denn sonst könnte dieser das Wirksamwerden beliebig hinauszögern, noch auch der Zeitpunkt, in dem die WE bei gewöhnlicher Bestellung durch die Post zugegangen wäre. [6]) Schließlich kann man in dem Zeitpunkt des Eintreffens der Sendung auf dem Postamt noch nicht von Zugang reden, da der Empfänger keine Wahrnehmungsmöglichkeit hat. [7])

---

[1]) RGZ 56, 262; 97, 336; 105, 256.

[2]) Vgl. §§ 42, 48 Post. O. v. 20. 3. 00; § 19 II Telegr. O. v. 16. 6. 09.

[3]) Enneccerus § 149 A. II 2b; OVGE 36, 362; Pr. Verw. Bl. 15, 177; 16, 389; vgl. Hamburg OLGE 32, 343.

[4]) RGZ 60, 334; 61, 125.

[5]) Titze 404; Müller 117.

[6]) „Zeitpunkt der Bestellung" Müller 110; Rathenau DJZ 02, 147; Staudinger § 130, 3; Dernburg I § 132 Anm. 9.

[7]) Dafür aber Sächs. OVG in Warneyer Jahrb. 2, 13.

Anders liegt der Fall, wenn der Empfänger von der durch die Telegrafen-Ordnung gegebenen Möglichkeit Gebrauch macht, sich Telegramme telefonisch zusprechen zu lassen. Hier wird die telegrafische WE nicht mit der Ankunft auf dem Postamt, sondern erst dann wirksam, wenn sie auch wirklich dem Adressaten oder dessen Haushalt zugesprochen wird. [1])

3. Schließfach.

Aehnliches wie bei postlagernden Sendungen hat auch für Schließfachsendungen zu gelten. Diese werden in ein verschlossenes Fach auf der Post gelegt, das der Empfänger gemietet hat, zu dem er einen Schlüssel besitzt, und aus dem er sich regelmäßig seine Postsendungen abholt.

Hier ist mit derselben Begründung wie bei den postlagernden Sendungen der Zugang in den Zeitpunkt zu verlegen, in dem die Sendung in das Fach gelegt wird und der Adressat objektiv Abholungsmöglichkeit hat, also mit Beginn der gewöhnlichen Dienststunden. [2])

4. Benachrichtigungsschein.

Wird der Empfänger eines Telegramms oder eines Pakets vom Postboten nicht angetroffen, so hinterlegt dieser die Sendung auf dem Postamt und läßt dem Adressaten einen Benachrichtigungszettel zurück, in dem er zugleich zur Abholung aufgefordert wird. Geht die in der Sendung enthaltene WE schon mit dem Zurücklassen des Benachrichtigungszettels oder erst mit der Abholung der Sendung durch den Adressaten zu? Die Frage ist gemäß der ersten Möglichkeit zu beantworten. [3]) Mit diesem Augenblicke liegt objektiv Kenntnisnahmemöglichkeit vor. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Empfänger abwesend ist und die Nachricht in seinen Briefkasten geworfen wird, oder ob dort nur die Benachrichtigung zurückgelassen wird, weil zufällig die WE in einer äußeren Gestalt eintrifft, die es unmöglich macht, sie in den Briefkasten zu werfen. Von diesem Zeitpunkt an ist die WE in den Machtbereich des Adressaten übergegangen, wenn er auch noch keine tatsächliche Verfügungsgewalt hat, wie es das RG fordert. Wollte man den Zugang in diesem Augenblick verneinen, so würde man in den meisten Fällen auf dem Umweg über die bezüglich der Zugangsverhinderung aufgestellten Sätze doch zum gleichen Ergebnis gelangen. [4])

---

[1]) RGZ 105, 256.

[2]) Müller 118; Rhodovi 39; A. A. Titze 406.

[3]) So auch Enneccerus § 149 A. II b; a. A. Müller 118; Titze 408.

[4]) Vgl. unten S. 23.

5. Nachsendung.

Gibt der Empfänger seine Wohnung auf, so wird eine ihm noch nach der alten Adresse zugesandte WE erst mit Eintreffen in der neuen Wohnung wirksam. [1]) Ebenso wird, wenn der Adressat auf Reisen geht und dem Absender eine neue Adresse angibt, die WE erst mit ihrem Eintreffen dort wirksam. Anders aber, wenn der Adressat dem Erklärenden nichts von seiner Reise gesagt hat, dieser die Briefe in die Wohnung schickt und die Post dem Adressaten die Briefe auf seine Aufforderung hin nachsendet. [2])

b) WEen unter Anwesenden.

Das BGB trifft keine Bestimmung über das Wirksamwerden von WEen unter Anwesenden, § 130 spricht ausdrücklich nur von Abwesenden. Die Schöpfer des BGB waren der Ansicht [3]), die Entscheidung ergebe sich hier der Regel nach aus der Natur der Sache. Eine Lösung der Zweifel, zu welchen einzelne besonders geartete Fälle Anlaß bieten könnten, lasse sich generell nicht erreichen, sei auch nicht Aufgabe des Gesetzes. Das RG [4]) erklärt § 130 auch auf WEen unter Anwesenden anwendbar, läßt es aber dahingestellt, ob Zugang in diesem Sinne genüge, ob nicht noch die Kenntnisnahme des Adressaten von dem Inhalte hinzukommen müsse.

In der Wissenschaft ist die Frage bestritten. Einige [5]) folgen der Vernehmungstheorie. Andere [6]) unterscheiden zwischen schriftlichen und mündlichen (oder verkörperten und nicht verkörperten) WEen und wenden für erstere die Empfangs-, für letztere die Vernehmungstheorie an. Wieder andere wenden die Empfangstheorie in gleicher Weise wie bei Abwesenden an. [7])

Für schriftliche WEen kann man also schon von einer herrschenden Ansicht für die Empfangstheorie sprechen. Aber diese Theorie ist auf alle WEen unter Anwesenden anzuwenden. Man kann bei mündlichen WEen ebenso von Zugang sprechen wie bei schriftlichen; daß sie das eine Mal von dem Ohre, das andere Mal von dem Auge wahrgenommen werden, daß die WE einmal sehr vergänglich, das andere Mal von mehr

---

[1]) Hamburg OLGE 32, 343.

[2]) Vgl. unten S. 25; a. A. Titze 398.

[3]) Motive I, 156; Protokolle I 69.

[4]) RGZ 61, 415; vgl. auch 90, 167; JW. 05, 488; Königsberg OLGE 10, 65.

[5]) Crome 392; Planck § 130, 2; Zitelmann 96, 103.

[6]) Enneccerus § 149 B. 1; Koppers Gruchot 46, 221, 226, 228; Oertmann Recht 725.

[7]) Isay 94; Joesting 71; Manigk 335/4; Breit Gruchot 55, 8; Rhodovi 52; Staudinger § 130 A. 6.

oder geringer langem Bestande ist, macht keinen grundsätzlichen Unterschied; zudem hat das Gesetz auch den verschieden langen Bestand der WE unter Abwesenden für gleichgültig erachtet. Ferner sind die Erwägungen, die bei WEen unter Abwesenden zur Annahme der Empfangstheorie und zur Verwerfung der Vernehmungstheorie führten, ebenso bei mündlichen und noch vielmehr bei schriftlichen WEen unter Anwesenden anzustellen. Ob der Empfänger die WE nicht liest oder ob er sich die Ohren zuhält oder nicht hinhört, in beiden Fällen besteht in gleicher Weise die Notwendigkeit, den Erklärenden zu schützen. Das Gesetz hat die Lösung der Wissenschaft überlassen, steht also auch einer analogen Auslegung des § 130 auf WEen unter Anwesenden nicht im Wege. Daher ist das Ergebnis gerechtfertigt, daß die Empfangstheorie grundsätzlich für alle empfangsbedürftigen WEen gilt.

c) gem. Parteivereinbarung.

Das Gesetz hat den Begriff „Zugang" eingeführt, ohne ihn genau zu bestimmen. Es gibt vielmehr nur einen Rahmen, innerhalb dessen verschiedene Deutungen möglich sind. Im Vorstehenden wurde versucht, innerhalb der gegebenen Möglichkeiten einen bestimmten Zeitpunkt festzulegen, der am billigsten und aus geschichtlichen Erwägungen heraus als der vom Gesetzgeber gewollte erschien. Wegen der verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten, die das Wort Zugang zuläßt, und wegen der grundsätzlichen Vertragsfreiheit unseres Gesetzbuches ist aber anzunehmen, daß die Parteien nähere Bestimmungen über den Zugang selbst treffen können, wobei die oben aufgestellten Bedingungen erschwert oder erleichtert werden können. Warum sollen Kaufleute nicht vereinbaren können, daß auch außerhalb der gewöhnlichen Geschäftsstunden eingehende Sendungen in diesem Zeitpunkt zugegangen und wirksam sein sollen, oder daß die WE nur zugegangen sein soll, wenn sie dem Prinzipal des Geschäfts ins Zimmer gebracht wird. [1]) Eine Erschwerung der Zugangsbedingungen (neben einem Formerfordernis) liegt auch in der sog. „Einschreibeklausel", wonach eine WE nur wirksam sein soll, wenn sie in eingeschriebenem Brief erfolgt. [2]) Denn dann soll nicht Einwurf des Briefes in den Briefkasten zum Zugang genügen, sondern erst Aushändigung des Briefes nach den Vorschriften der Postordnung. Gleichwohl muß man auch bei Vereinbarung der Einschreibeklausel den Zugang dann als erfolgt ansehen, wenn ein gewöhnlicher Brief soweit in die Gewalt des Empfängers gebracht wird, wie es beim eingeschriebenen Brief der Fall sein würde. Die Wahrung des Formerfordernisses in diesem Fall ist hier nicht zu prüfen.

In gewissen Fällen muß aber auch eine einseitige Festsetzung der Zugangsbedingungen zulässig sein, z. B. durch den Offerenten für die

[1]) vgl. hierzu Enneccerus § 153 I, 1 über die Annahmeerklärung.
[2]) vgl. Reichel Bank-A. 11, 40.

Annahme. Sie bildet dann einen Bestandteil der Offerte, die nur dem Willen des Offerenten gemäß oder gar nicht angenommen werden kann. Bei erschwerenden Bedingungen findet diese Ansicht im Gesetz keine Stütze; bei erleichternden Bedingungen kann sie aber für den Offerenten, und in anderen Fällen durch Analogieschluß, aus § 151 BGB durch argumentum a maiore ad minus abgeleitet werden. Denn wenn der Offerent den Annehmenden sogar von der Absendung der Annahme befreien kann, so kann er auch geringere Vergünstigungen gewähren.

So hat auch das RG [1]) ausgesprochen, daß „die Vorschrift des § 130 BGB grundsätzlich einer Vereinbarung darüber zugänglich ist, unter welchen Voraussetzungen das Erfordernis des Zugehens als erfüllt gelten soll". Diesem Gedanken hat sich das Reichsarbeitsgericht [2]) angeschlossen. Es hielt die folgende, nicht seltene Bestimmung einer Arbeitsordnung, d. i. einer Gesamtvereinbarung, für gültig: „Bekanntmachungen der Firma an die Arbeiter erfolgen rechtswirksam durch Anschlag an die hierzu vorgesehenen zugänglichen Stellen. Es kann sich niemand darauf berufen, einen Anschlag nicht gelesen zu haben." Das Gericht prüfte richtig, ob der Rahmen des § 130 gewahrt sei, wenn es untersuchte, ob der gekündigte Arbeiter in der Fabrik überhaupt tätig war, oder, wenn dies nicht der Fall, ob sein Mangel der Kenntnisnahme entschuldbar sei. Denn die Arbeitsordnung wollte offenbar nicht den Zugang überhaupt ausschließen und schon die Adressierung entscheiden lassen, sondern nur die gewöhnlichen Anforderungen an die Kenntnisnahmemöglichkeit zu Ungunsten der Arbeiter abändern.

Die hier behandelte Frage ist zu unterscheiden von der Vereinbarung einer Form der WE und von der Untersuchung, ob die Parteien die Empfangstheorie durch eine der anderen Theorien ersetzen können, m. a. W. ob § 130 ius cogens ist. [3])

III. Verhinderung des Zugangs.

Der Zugang kann durch Ereignisse verhindert werden, die sich während der Uebermittlung der WE abspielen. Sind diese Ereignisse von dem Empfänger nicht zu vertreten, so wird die WE mangels Zugangs nicht wirksam; es liegt kein Grund vor, den Absender zu schützen, die Uebermittlung geschieht auf seine Gefahr. [4]) Anders jedoch, wenn der Zugang durch Umstände verhindert wird, die in der Person des Empfängers liegen. Das Gesetz gibt dem Erklärenden in

[1]) RGZ 108, 96.

[2]) JW. 1928, 2919; ebenso LG Dortmund Recht 1927, Nr. 565.

[3]) Unten S. 30.

[4]) Dies ist z. B. der Fall, wenn der Telefonapparat des Empfängers gestört ist und deswegen die WE nicht übermittelt wird. RG, DJZ. 1927, 317.

§ 132 BGB die Möglichkeit, wenigstens im Inlande, den Zugang durch Zustellung durch den Gerichtsvollzieher u. U. auch durch öffentliche Zustellung zu erzwingen. Die derart zugestellte WE gilt als zugegangen, selbst wenn Kenntnisnahmemöglichkeit für den Empfänger nicht vorliegt.

Es ist zu unterscheiden, ob der Zugang zunächst durch einen Umstand in der Person des Empfängers verhindert wurde, der Zugang demnächst aber dem Absender bei einem wiederholten Versuch, etwa durch Zustellung nach § 132 BGB, gelingt, oder ob der Zugang nach dem Mißlingen niemals nachgeholt wird. War in dem ersten Falle die WE innerhalb einer bestimmten Frist abzugeben, diese aber durch die Verzögerung nicht innegehalten, so verlangt die Billigkeit, den Absender zu schützen, und die WE dennoch für wirksam zu halten. Ueber das Ergebnis sind sich Lehre und Rechtsprechung einig, über die Begründung bestehen sehr verschiedene Meinungen. Von ihnen sind die wichtigsten: § 162 BGB analog anzuwenden (Fiktion des Zugangs) [1]), die Bestimmungen des Annahmeverzuges analog anzuwenden [2]), die WE nochmals zugehen zu lassen und die Folgen rechtzeitigen Zugehens aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes §§ 823, 826, 249 BGB abzuleiten [3]), oder schließlich dem Erklärenden die exceptio doli generalis zu geben. [4]) Die letztere Lösung hat auch das RG gewählt. Sie ist richtig und den anderen vorzuziehen, weil sie auf alle Fälle zutrifft. [5]) Daneben aber ist in einzelnen Fällen auch das Ergebnis aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes begründet. In unserem Gesetzbuch ist die Verpflichtung zur Wahrung von Treu und Glauben in einzelnen Bestimmungen zum Ausdruck gekommen. [6]) Dieser Rechtssatz ist allgemein gültig und auch auf unseren Fall anwendbar. „Wer die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten WE verschuldet hat, hat dadurch freilich nicht gegen Treu und Glauben verstoßen; wohl aber handelt er gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteile des anderen einen Vorteil herleiten will." [7]) Wer die Verzögerung einer WE verschuldet hat, kann sich also auf die Verzögerung nicht berufen. [8]) Dabei ist eine Fahrlässigkeit in dem Verhalten des Adressaten schon dann zu erblicken, wenn eine WE

---

[1]) Habicht DJZ. 01, 265.

[2]) Titze 453/4.

[3]) Planck § 130 A. 5 b.

[4]) Dernburg 1, 451; Regelsberger Bank A. 9, 273; Enneccerus § 149 A. II 3; Staudinger § 130 A. 11.

[5]) Dagegen Stammler Verw. A. 15, 53.

[6]) Vgl. §§ 157, 162, 242, 320, 815, BGB.

[7]) RGZ 58, 406.

[8]) Anders Regelsberger (Bank A. 9, 275), Dernburg und Enneccerus, die dies nicht nur bei Verschulden, sondern bei jedem in der Person des Adressaten liegenden Umstand zugestehen. Ebenso OLG Hamburg Seuff. 50, 136. Im Ergebnis ebenso Titze 455; Eckstein 114.

verspätet eintrifft aus irgendwelchen in seiner Person liegenden Gründen, er aber mit dem Erklärenden in einem Vertragsverhältnis steht oder ohne ein solches die WE erwarten müßte. Letzteres ist vor allem der Fall, wenn der Offerent die rechtzeitige Annahme dadurch verhindert, daß er seine Wohnung verläßt, und der eingeschriebene Brief etwa nicht bestellt werden kann [1]), oder sein Telefon nicht bedient, wenn die Annahme telefonisch erfolgen sollte. Der Empfänger hat in diesen Fällen die Verpflichtung im Falle seiner Verhinderung für einen Vertreter zu sorgen, eine Pflicht, die bei einem Kaufmann in größerem Umfange besteht als bei einer Privatperson. [2])

Keine schuldhafte Zugangsverhinderung liegt z. B. vor, wenn einem Angestellten auf seine Offerte hin die durch eingeschriebenen Brief erklärte Annahme in dem Büro, in dem er tätig ist, nicht rechtzeitig zugestellt werden konnte, da er zur Zeit abwesend war. [3]) Dagegen muß der auf Reisen befindliche Empfänger, der dem Erklärenden keine neue Adresse angegeben hat, eine nach seiner Wohnung adressierte, dort aber vom Postboten ihm nachgesandte WE als rechtzeitig anerkennen, sofern sie nur rechtzeitig in seiner Wohnung eingetroffen wäre. [4]) Hier ist auch der Fall zu erörtern, daß der Adressat einen eingeschriebenen Brief zurückweist. Das RG [5]) verneint in diesem Falle den Zugang schon im Augenblicke der Zurückweisung. Folgt man dieser Ansicht, so kommt man aber mit dem hier aufgestellten Satz der Zugangsverhinderung dazu, daß der Adressat sich auf eine etwaige durch seine Weigerung entstandene Verspätung oder sogar, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, auf das völlige Unterbleiben des Zugangs nicht berufen kann.

In Fortführung des Verschuldengedankens hat das RG bei Verschulden beider Teile an der Zugangsverhinderung den Schaden gem. § 254 BGB geteilt. [6])

Sehr umstritten ist die Frage, ob überhaupt ein Zugang stattfinden muß, ob nicht auch bei Verhinderung des Zugangs ohne folgenden geglückten Zugang dieser zu fingieren ist. [7]) Das RG ließ die Frage zu-

[1]) Posen OLGE 35, 296 spricht nicht dagegen.

[2]) RGZ 110, 36; 95, 315 (diese Entscheidung stellt den Satz, der Empfänger habe für alle in seiner Person liegenden Umstände einzustehen, nur für den Fall eines Vertragsverhältnisses auf. Vgl. die Anmerkung von Titze in JW. 1919, 569, wo dies m. E. nicht genügend klar zum Ausdruck kommt); RG in DJZ 1904, 1091; in JW. 1904, 336; in LZ 1925, 252 u. 470; Kammerger. OLGE 44, 120; OLG Hamburg Seuff. 72, 256; Colmar OLGE 12, 64.

[3]) RGZ 56, 263.

[4]) A. A. Rhodovi 47; Titze 398.

[5]) RGZ 110, 34; a. A. Staudinger § 130, 3 c.

[6]) RGZ 97, 336.

[7]) Dagegen Planck § 130 A. 5 a am Ende.

nächst ausdrücklich offen [1]), entschied dann aber [2]), daß bei Vorliegen von Arglist überhaupt niemals der Zugang erfolgt zu sein brauche, während bei Verschulden des Empfängers der Zugang nachgeholt werden müsse [3]); Arglist liege aber nur vor, wenn der Empfänger den bestimmten Inhalt der WE kannte oder mit ihr rechnen mußte. Dieser Einschränkung ist nicht zu folgen, vielmehr immer auch bei nicht nachgeholtem Zugang die WE für wirksam zu halten. [4]) Für die Forderung der Zugang müsse nachgeholt werden, wird angeführt, man könne den Zugang nach § 132 BGB erzwingen. Dieses Argument trifft nur in Deutschland zu. Im Ausland ist die Erzwingung wenn nicht unmöglich, so doch derart umständlich, daß dies kein Weg für die praktischen Bedürfnisse des Verkehrs ist. Zu der vom RG für die Arglist gemachten Ausnahme eine weitere für das Ausland hinzuzufügen, empfiehlt sich nicht, da dies einen Ausnahmesatz unseres Rechts, und zwar vorwiegend zu Ungunsten der Ausländer, bedeuten würde, für den die Begründung fehlt. Wiederum ist der Einwand gegen § 132 bei der jetzt herrschenden internationalen Verflechtung der Rechtsbeziehungen von so häufiger Bedeutung, daß er nicht einfach unbeachtet bleiben kann. Wenn schon die Rechtzeitigkeit des Zugangs fingiert wird, so steht auch nichts der Fiktion des Zugangs überhaupt im Wege; man kann letztere in gleicher Weise mit dem Grundsatze von Treu und Glauben begründen. Nun sollen hier nicht die praktischen Erwägungen verkannt werden, die das RG zu der Ausnahme bei der Arglist und dem Festhalten an dem Nachholen des Zugangs bewogen haben mögen; die hier vertretene Ansicht bedeutet eine Verschlechterung der Stellung des Empfängers. Jedoch bietet das Erfordernis der Schuld an der Verhinderung des Zugangs auf Seiten des Empfängers genügend Spielraum, um unbillige Ergebnisse abzuwenden.

IV. Wesen des Zugangs.

§ 130 BGB erhebt den Zugang zu einem Rechtsbegriff. Ob Zugang erfolgt ist oder nicht, kann nur durch einen Schluß ermittelt werden, der aus einzelnen Tatsachen zu ziehen ist. Daraus folgt, daß das Revisionsgericht an die Feststellung des Vordergerichts über Vorliegen oder Mangel des Zugangs nicht gebunden ist (§ 561 ZPO) [5]). Dieser Schluß ist verwickelter Art und die Kenntnis des Rechtsbegriffs kann bei rechtsunkundigen Personen nicht vorausgesetzt werden. Daher ist die Normierung eines Eides dahin, daß eine WE zugegangen ist oder nicht,

[1]) RGZ 58, 408.

[2]) RGZ 110, 36.

[3]) Ebenso Staub Anhang § 361 A. 9.

[4]) So OLG Köln JW. 1927, 1708.

[5]) Vgl. dagegen die Stellungnahme des französischen Kassationshofes unten S. 51.

unzulässig (§ 445 ZPO) [1]). Der Eid ist vielmehr so zu fassen, daß er über die Tatsachen lautet, aus denen der Richter den Schluß ziehen kann.

Der Zugang der WE als objektiver Vorgang.

Wie festgestellt, endigt die Tätigkeit des Erklärenden regelmäßig mit der Entäußerung. Der Zugang vollzieht sich ohne seine Tätigkeit und ohne, sogar gegen seinen Willen. Daß sein Wille nicht mehr erforderlich ist, folgt aus § 130 Abs. 2 BGB. Daß auch ein entgegenstehender Wille des Absenders den Zugang nicht verhindert, ist z. B. der Fall, wenn ihm das Anhalten seines Briefes nicht mehr gelingt; [2]) trifft nun selbst ein Widerruf rechtzeitig gem. § 130 Satz 2 ein, so wird zwar noch die Wirksamkeit der WE, die Folge des Zugangs, verhindert, nicht aber mehr der Zugang selbst.

Auf der anderen Seite ist aber auch bei dem Empfänger eine Tätigkeit oder ein Wille nicht erforderlich, abgesehen von besonderen Umständen, etwa einer Vereinbarung zwischen den Parteien. [3]) Diese Ansicht wird bestritten und behauptet, eine Mitwirkung des Empfängers, wenn auch nur eine passive, sei erforderlich, was dazu führt, auf Seiten des Empfängers Geschäftsfähigkeit zu verlangen. [4]) Diese Ansicht wird durch § 165 BGB widerlegt, der bestimmt, daß der Vertreter im Empfange einer WE nicht geschäftsfähig zu sein braucht. [5]) Nach der hier abgelehnten Ansicht müßte aber, da nach § 166, soweit eine WE durch durch Willensmängel usw. beeinflußt wird, nicht der Vertretene sondern der Vertreter in Betracht kommt, der Vertreter im Empfange geschäftsfähig sein. Auch § 131 spricht nicht gegen unsere Ansicht. Nach Abs. 2 Satz 2 wird die einem Beschränkt-Geschäftsfähigen gegenüber abgegebene WE mit Zugang wirksam, sofern sie ihm lediglich rechtlichen Vorteil bringt, z. B. eine Vertragsofferte. Andere ihm gegenüber abgegebene WEen sowie alle Arten WEen gegenüber einem Geschäftsunfähigen werden erst mit ihrem Zugang bei dem gesetzlichen Vertreter wirksam. Es erscheint willkürlich, nur bei lediglich vorteilhaften WEen mit Eintreffen beim Beschränkt-Geschäftsfähigen von Zugang zu sprechen, zumal er auch bei deren Auswertung regelmäßig der Mitwirkung seines Vertreters bedürfen wird, bei anderen WEen aber einen Zugang zu leugnen. Das Gesetz läßt die Auslegung zu, bei allen WEen gegenüber Geschäftsunfähigen und Beschränkt-Geschäftsfähigen von Zugang zu sprechen, sofern sie nur im Stande sind, die WE zu vernehmen (erkenntnisfähig sind). [6]) § 131 ist dann so auszulegen, daß für einige

[1]) Vgl. Hölder Festschrift 128; Rhodovi 19; RG Warneyer 1909, 247.
[2]) Vgl. das Beispiel bei Isay 57.
[3]) Isay 84; Rhodovi 63; RGZ 56, 264.
[4]) Endemann 312; Zitelmann 23; Fritze 214; Hölder Komm. 294.
[5]) Isay 87.
[6]) Isay 87; Breit 641; Staudinger Vorbem. III d zu § 116; Rhodovi 66.

Fälle für das Wirksamwerden zu dem ersten Zugang noch als weitere Voraussetzung der Zugang bei dem gesetzlichen Vertreter kommen muß. [1])

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Zugang sich regelmäßig ohne das Mitwirken der Parteien abspielt, ein rein objektiver Vorgang ist.

Der Satz, daß beim Zugang auf Seiten des Empfängers kein Wille vorausgesetzt wird, ist wichtig für die Fälle, daß der Adressat zwar nicht geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist, sich aber in einem Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befindet (§ 105 II), § 131 also nicht eingreift.

Unsere oben aufgestellte Definition des Zugehens ist hier ohne weiteres anwendbar. Sende ich einen Brief, der im Augenblick ankommt, in dem mein Gegner ohnmächtig ist, so wird die Erklärung doch schon im Augenblick der Ankunft wirksam und nicht erst, wenn jener wieder zu sich kommt. Dagegen erfolgt kein Zugang, wenn ich meinem bewußtlosen Mieter mündlich kündige. Hier tritt keine Wirksamkeit ein, weil ich ein untaugliches Erklärungsmittel gewählt habe, die Frage des Zugangs ist hier also gar nicht zu prüfen. [2]) Sobald ich in dem gleichen Falle dem Mieter die Erklärung schriftlich z. B. in die Tasche stecke oder vor ihn auf den Schreibtisch lege, so ist der Mangel der Untauglichkeit des Erklärungsmittels geheilt. Die Erklärung geht ihm nach den oben aufgestellten Grundsätzen der Zugangsverhinderung bereits in dem Augenblicke zu, wo ich sie aus der Hand lege.

V. Folge des Zugangs: Wirksamkeit der WE.

Das Gesetz läßt die WE mit Zugang wirksam werden, d. h. die beabbsichtigten und die vom Gesetz an die WE geknüpften Wirkungen treten mit diesem Zeitpunkt ein. In der Wissenschaft wird mitunter Wirksamkeit gleich Vollendung gesetzt. [3]) Diesem Sprachgebrauch ist nicht zu folgen. Vollendet nennt man eine Tätigkeit, wenn ihr Urheber alles getan hat, was von ihm zu tun ist. Eine äußere oder innere Tätigkeit des Empfängers ist bis zum Wirksamwerden der WE nicht erforderlich. Der Erklärende hat aber seine Tätigkeiet mit der Adressierung (Absendung) vollendet. Der Zugang vollzieht sich ohne sein Mitwirken. Diese Ueberlegung allein rechtfertigt schon den hier befolgten Sprachgebbrauch; er wird weiter gestärkt durch § 130 II BGB, wonach Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden nach der Abgabe ohne Einfluß auf den Bestand der WE bleibt. Die WE ist also von diesem Augenblick an selbständig, von der Person des Urhebers abgelöst. In diesem Zustand ist die WE schon als vollendet anzuspre-

[1]) vgl. Planck § 131 A. 2.

[2]) Anders in der Begründung Rhodovi 71; vgl. Titze 414.

[3]) Enneccerus § 149; Crome § 88; Hölder § 130, 4.

chen. [1]) Der Zugang ist also nicht zur Vollendung der WE erforderlich, er ist lediglich eine der Wirksamkeitsvoraussetzungen, ein zu der vollendeten WE noch hinzutretendes Ereignis. Hiernach ist auch die umstrittene Frage, ob die vor Konkurseröffnung abgegebene aber erst nach ihr zugegangene WE den Gläubigern gegenüber wirksam ist, zu bejahen. [2]) § 7 KO verlangt nur, daß die Rechtshandlung vor Konkurseröffnung vorgenommen sein muß. Vorgenommen deutet aber auf die Tätigkeit des Erklärenden hin, die mit der Abgabe vollendet ist; von Wirksamkeit ist keine Rede. Ganz allgemein ist die Vorschrift des § 132 II auch auf die Fälle der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit [3]) oder Verfügungsfähigkeit anzuwenden. Dies ist schon durch argumentum a maiore ad minus geboten.

Der Grundsatz des § 130 I BGB erleidet manigfache Ausnahmen. Das Gesetz enthält viele Ausnahmen von der Empfangstheorie. So genügt nach § 151 BGB die Aeußerung einer Annahmeerklärung (Aeusserungstheorie) zum Vertragsschluß, wenn der Offerent auf die Adressierung verzichtet hat oder sie nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Immer aber muß der Annahmewille geäußert, kenntlich gemacht sein. [4]) Anders nach schweizer Recht, wo auch dies nicht erforderlich ist. [5]) Weitere Ausnahmen s. § 10 Versicherungsvertragsges. [6]); § 149 Satz 2 BGB; § 152 BGB (ein Vertrag kommt schon mit der Beurkundung der Annahme zustande, ohne daß deren Zugang erforderlich ist); § 377 IV HGB (zur Wirksamkeit der Mängelrüge beim Handelskauf genügt deren Absendung) [7]) und ähnlich §§ 478, 485 BGB [8]) Art. 45, 58 WO. Eine Einschränkung der Empfangstheorie ist auch in § 400 HGB enthalten; danach ist zwar für die Selbsteintrittsanzeige des Kommittenten Zugang erforderlich, damit sie wirksam wird; der Abschluß des Geschäftes jedoch bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Absendung [9]). (Vgl. die Rückdatierung in Art. 321 ADHGB; Art. 10 OR). Die Fälle, wo das Gesetz aus dem Schweigen eine WE fingiert, wie z. B. in §§ 416;

[1]) Isay 64; Zitelmann 26, 99; Dernburg 446; Oertmann Recht 1906, 723; Rhodovi 14, 75; Mühlhoff 8; RGZ 65, 273.

[2]) Dernburg 446; Mentzel 62.

[3]) so auch Motive I, 159.

[4]) RG in Warneyer 12, 201; RGZ 84, 323; 90, 435; 102, 372.

[5]) Vgl. unten S. 41.

[6]) Wedemeyer DJZ. 1912, 252.

[7]) Vgl. darüber Müller-Erzbach 432; Düringer-Hachenburg § 377 Anm. 69 meinen, es läge gar keine empfangsbedürftige WE vor. Das ist nicht richtig, denn die Erklärung ist dem Gegner gegenüber abzugeben, richtig zu adressieren, sonst ist sie unwirksam. Allerdings ist § 130 BGB nicht auf sie anwendbar. Staub § 377 A. 26; RGZ 96, 15.

[8]) Vgl. Staudinger § 478 III, 2c a, der ebenfalls zu Unrecht die Empfangsbedürftigkeit leugnet.

[9]) RGZ 102, 16.

496 BGB, 362 HGB, stellen keine Ausnahme von der Empfangstheorie dar, da hier überhaupt keine WE vorliegt.

Bestritten ist, ob der Grundsatz des § 130 durch Parteivereinbarung abgeändert werden kann. [1]) Ist diese Bestimmung zwingenden Rechts? Diese Frage ist theoretisch scharf zu trennen von der oben [2]) behandelten, ob die Parteien die Umstände des Zugangs näher bestimmen können. In der Praxis wird die Unterscheidung häufig schwierig sein. Es kommen sowohl Vereinbarungen vor, die den Zeitpunkt der Wirksamkeit gegenüber der Empfangstheorie hinausschieben, wie solche, die ihn vorverlegen. Dementsprechend wird entweder der Erklärende oder der Anerklärte günstiger gestellt. Der Sinn dieser Vereinbarungen kann sein, die Wirkungen der WE zu verlegen und die Gefahrtragung für die WE anders wie im Gesetz zu verteilen.

Auszugehen ist von dem unser Obligationenrecht beherrschenden Satz der Vertragsfreiheit. Ihm könnte bei vorliegender Untersuchung § 130 entgegenstehen, wenn er zwingenden Rechts ist, wie Reichel [3]) behauptet. Dies ist aber abzulehnen. Denn weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck der Bestimmung kann auf eine zwingende Natur geschlossen werden. Auch Reichel will den Zweck der Vereinbarungen schützen und erreicht dies durch einen Umweg. Damit scheint er den zwingenden Charakter von § 130 selbst nicht ernst zu nehmen; eine zwingende Rechtsnorm will auch zumeist ein bestimmtes Resultat verhindern, auch wenn es durch Umgehung des Gesetzes zu erreichen versucht wird. Wenn Reichel meint, eine Abmachung, nach der eine WE auch wirksam wird, wenn sie nicht einmal zur Kenntnisnahmemöglichkeit gelange, verstoße gegen die „fundamentalsten Grundsätze der Loyalität", so trifft dieser Vorwurf ganz allgemein die Absendungstheorie. Und doch sehen wir, daß diese Theorie ernsthaft im gemeinen deutschen Recht und heute noch im französischen Recht vertreten wird, im englischen Recht sogar regelmäßig gilt, ohne daß die dort gewonnenen Ergebnisse allgemein als unbillig bezeichnet werden können. Das Gesetz zeigt aber in § 151, daß sogar durch einseitige Erklärung die Empfangstheorie ausgeschlossen werden kann. Ist aber sogar die Empfangsbedürftigkeit, die Absendung, nachzulassen, so erst recht die Zugangsnotwendigkeit. Vertragsmäßige Ausnahmen von § 130 BGB sind daher für gültig zu halten. [4])

Eine Folge der Wirksamkeit der WE ist ihre Unwiderruflichkeit. Bis zum Zugang ist die WE widerruflich. Das bestimmt jetzt ausdrücklich § 130 Satz 2 BGB, der den nur für Offerte und Annahme geltenden Satz des Art. 320 ADHGB verallgemeinert. Einen recht-

---

[1]) Vgl. das englische Recht unten S. 62.

[2]) S. 22 ff.

[3]) DJZ 1911, 1534.

[4]) Ebenso Wedemeyer; Kleinrath; Staudinger § 130, 3 c. RGZ 88, 392/3; 102, 16.

zeitigen Widerruf wollen einige Schriftsteller [1]) auch dann annehmen, wenn der Adressat von der WE (oder nur der Offerte) gleichzeitig mit dem Widerruf Kenntnis erhält, ohne Rücksicht, ob der Widerruf etwa nach der WE zugegangen ist. Diese Einschränkung der Empfangstheorie erscheint billig. Sie ist im Art. 9 Schweizer OR Gesetz geworden. Für unser Recht ist diese Regelung jedoch abzulehnen, denn sie wäre gegen den bestimmten Wortlaut des Gesetzes [2]), wenn auch aus dem Schweigen der Vorarbeiten [3]) vermutet werden kann, daß die Redaktoren diesen Fall übersehen haben.

[1]) Hölder Jhering 55, 460; Staudinger § 130, 8.
[2]) So auch RGZ 60, 338; 91, 63.
[3]) vgl. Motive I, 158.

Oesterreichisches Recht.

I. Einleitung.

Das österreichische ABGB enthält, im Gegensatz zum deutschen, aber ebenso wie die noch später zu behandelnden ausländischen Rechte, keine allgemeine Bestimmung über das Wirksamwerden der WEen. Wenn im Folgenden die Aufstellung eines solchen Satzes versucht werden soll, so kann dies nur durch die Untersuchung einzelner, bestimmter WEen erreicht werden, mit dem Ziel bei ihnen, wenn möglich, gleiche Rechtssätze über das Wirksamwerden aufzuzeigen und diese dann zu verallgemeinern. Besonders geeignet erscheinen für diese Zwecke die Offerte, die Annahme und die Kündigung.

Bei der Untersuchung über die Offerte und die Kündigung wird von vornherein anzunehmen sein, daß nicht die Uebermittlungstheorie gilt, festzustellen muß aber versucht werden, ob Zugang genügt oder Kenntniserlangung erforderlich ist. Bei der Annahme jedoch kommen auch die anderen Theorien in Betracht. Hier stehen in weit stärkerem Maße als bei der Offerte und der Kündigung sich widerstreitende und mit gleicher Stärke Berücksichtigung fordernde Interessen der Parteien zur Entscheidung. Die an dieser Stelle vom Recht gewählte Lösung beansprucht daher erhöhte Bedeutung und ist daher vor allem geeignet, einen allgemein gültigen Satz abzugeben. An dieser Stelle erörtert ja auch die Wissenschaft des gemeinen deutschen Rechts und, wie später zu zeigen, auch die des österreichischen und schweizerischen Rechts die grundsätzliche Frage nach dem Wirksamwerden der WE.

II. 1. Offerte.

Das ABGB enthält keine ausdrückliche Bestimmung über das Wirksamwerden der Offerte. Seine Stellungnahme kann auch nicht aus der Behandlung der Widerruflichkeit im § 862 Abs. 3 entnommen werden, der bestimmt: Vor Ablauf der Annahmefrist kann der Antrag nicht widerrufen werden. Mit dieser Vorschrift ist die Gebundenheit des Offerenten ausgesprochen, wie im deutschen und schweizerrischen Recht, im Gegensatz aber zum französischen, englischen und gemeinen deutschen Recht. Das Gesetz sagt richtig, wenn auch nicht mit der wünschenswerten Klarheit „vor Ablauf" und nicht „während" der Annahmefrist, wie im folgenden Satz; es bestimmt also nur das Ende und nicht den Beginn der Gebundenheit des Antragenden, der Unwiderruflichkeit der Offerte. Aber gerade der Beginn ist für uns wichtig. Wollte man die Gesetzesstelle dahin auslegen, daß vor Ablauf, also während der ganzen Dauer der Annahmefrist, schon mit ihrem Beginn, die

Offerte unwiderruflich sei, so würde man zu dem Ergebnis gelangen, daß die Offerte schon mit ihrer Abgabe unwiderruflich sei. Denn das Gesetz (§ 862 Satz 2 ABGB ebenso § 319 ö. HGB = § 319 ADHGB) berechnet die Annahmefrist danach, daß die Offerte rechtzeitig angekommen, ordnungsgemäß beantwortet und diese Antwort wieder rechtzeitig zurückgelangt ist; die Summe dieser drei Zeiträume ergibt also die Frist. [1]) Der erste dieser Zeiträume, der den Anfang der Frist bestimmen würde, beginnt aber mit dem Augenblick der Absendung der Offerte zu laufen [2]), so daß diese Gesetzesauslegung zu Unwiderruflichkeit der Offerte mit ihrer Absendung führen würde. Dieses Ergebnis ist abzulehnen, zumal der Gesetzestext nicht dazu zwingt.

Für das Handelsrecht bestimmt § 320 ö. HGB (= Art. 320 ADHGB) die Widerruflichkeit der Offerte bis zu ihrem Zugang. Bei Fehlen einer Bestimmung im ABGB ist diese Vorschrift auch auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts analog anzuwenden. [3]) Hieraus folgt, daß die Offerte den Erklärenden erst mit dem Zugang bindet, also erst in diesem Zeitpunkt wirksam wird. [4]) Die Wirksamkeit der Offerte hängt also nicht von der Kenntnisnahme des Empfängers ab. Allerdings ist diese für das Zustandekommen des Vertrages notwendig, aber nur deswegen, weil die Annahme auf eine bestimmte Offerte erklärt werden muß und die Bekanntschaft mit der Offerte voraussetzt. [5])

2. Annahme.

Bis zur dritten Teilnovelle zum ABGB vom 19. März 1916 bestimmte § 861: „ . . . nimmt aber der Andere das Versprechen giltig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Teile ein Vertrag zustande. So lange die Verhandlungen dauern, und das Versprechen noch nicht gemacht ist, oder weder zum voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag." — und § 862 forderte, daß

[1]) Ehrenzweig 132 und O. Ger. Brünn 3. Okt. 1922 Gans Kafka I Nr. 535.

[2]) So auch schon Hasenöhrl I 590.

[3]) Ebenso Ehrenzweig 133; Mayr 44; Hasenöhrl I 584; Krasnopolski 66, 69.

[4]) Hasenöhrl I 583; Krasnopolski 66.

[5]) So auch Hasenöhrl I 583. Dagegen halten Ehrenzweig 130 und Mayr 43, einen Vertragsschluß durch zwei sich kreuzende Anträge für möglich. Gegen diese Ansicht spricht der Wortlaut von § 861 ABGB in Verbindung mit der Ueberschrift, wonach nur dann ein Vertrag entsteht, wenn „der andere das Versprechen gültig annimmt". Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß der Annehmende die Offerte kennen muß. Vgl. auch das engl. Recht Prochownick § 189. Anders aber das franz. Recht unten S. 46.

die Annahmeerklärung innerhalb der Annahmefrist dem Antragsteller „bekannt gemacht werden" müsse. Diese Bestimmungen sagen nichts über das Wirksamwerden der Annahme. Da das Gesetzbuch auch keine Vorschrift über die Widerruflichkeit enthielt, so könnte man ihm nicht mit der wünschenswerten Sicherheit entnehmen, in welchem Zeitpunkt der Vertrag als zustandegekommen gilt. [1])

Es kann daher nicht Wunder nehmen, daß sowohl behauptet wurde, dem ABGB läge die Aeußerungstheorie zugrunde, wie sich aus den Beratungsprotokollen und aus § 918 ergebe [2]), als auch die Empfangstheorie [3]) und die Vernehmungstheorie vertreten wurden. [4])

Durch die Teilnovelle von 1916 wurde einmal § 862 geändert, insbesondere wurde hinzugefügt, daß die Offerte nicht erlischt, „wenn ein Teil während der Annahmefrist stirbt oder handlungsunfähig wird, sofern nicht ein anderer Wille des Antragsstellers aus den Umständen hervorgeht." Sodann wurde aber ein § 862 a eingefügt, der bestimmt, ‚als rechtzeitig gilt die Annahme, wenn die Erklärung innerhalb der Annahmefrist dem Antragsteller zugekommen ist. Trotz ihrer Verspätung kommt jedoch der Vertrag zustande, wenn der Antragsteller erkennen mußte, daß die Annahmererklärung rechtzeitig abgesendet wurde, und gleichwohl seinen Rücktritt dem anderen nicht unverzüglich anzeigt."

Hiermit bekennt sich das ABGB zur Empfangstheorie. Diese ist schon vorher im Handelsrecht im § 320 ö. HGB, wo die Widerruflichkeit der Annahme bis zum Zugang bestimmt ist, und im § 319 ö. HGB, wo von der Rechtzeitigkeit der Annahme gehandelt wird, zum Ausdruck gebracht. Diese letztere Bestimmung wollte man im § 862 a ABGB nachbilden und nur die Form ändern. [5]) Sie ist aber, ob bewußt oder unbewußt, ist aus den Vorarbeiten nicht ersichtlich, viel umfassender geworden. Denn während § 319 HGB nur vom Vertrag unter Abwesenden spricht, macht § 862 a diese Einschränkung nicht. Also auch unter Anwesenden gilt die Empfangstheorie, eine Lösung, die im deutschen BGB der Gesetzgeber der Wissenschaft zu finden überlassen hat. [6])

Bestimmend für die Annahme der Empfangstheorie waren Billigkeitserwägungen, wie aus den Erläuterungen zu § 120 der Regierungsvorlage [7]) hervorgeht. „Wenn auch der Annehmende die Gefahr des

---

[1]) Langrod S. 161.

[2]) So Krasnopolski 69; Stubenrauch § 862 Note IV.

[3]) OGHE Glaser und Unger Bd. 37 Nr. 1100 u. Bd. 41 Nr. 2879; Hasenlöhrl I, 605 ff.

[4]) vgl. die bei Hasenlöhrl I, 612, Anm. 43 angeführten.

[5]) Vgl. den Bericht der Kommission in: Kaiserl. Verordn. usw. 254.

[6]) Für eine gleiche Lösung der Frage bei Anwesenden und Abwesenden auch schon Hasenlöhrl I, 604, 606/7.

[7]) Langrod S. 161/2.

Transports seiner Erklärung zu tragen hat, so muß diese doch mit dem Eintreffen der Erklärung beim Antragsteller enden. Dem Absender der Erklärung kann nicht zugemutet werden, auch noch die Gefahr dafür zu tragen, daß die Erklärung dem Empfänger tatsächlich bekannt wird. Ob der Adressat das ihm zugekommene Schreiben öffnet und liest, ob er es uneröffnet läßt oder vernichtet, das alles sind Umstände, auf die der Annehmende keinen Einfluß hat, die größtenteils von dem Belieben des Antragstellers abhängen. Es wäre für die Sicherheit des Verkehrs äußerst bedenklich, wenn der Antragsteller durch willkürliches Hinausschieben der Kenntnisnahme . . . die Annahme zu einer verspäteten machen und dadurch das Zustandekommen des Vertrages verhindern könnte."

Die Empfangstheorie wird als „die praktisch allein empfehlenswerte bezeichnet". [1])

Da mit Wirksamwerden der Annahme der Vertrag zustandekommt, so bestimmt für das bürgerliche Recht der Zugang Ort und Zeit des Vertragsschlusses. Anders aber noch nach Art. 321 ö. HGB, wo für das Handelsrecht die Wirkungen des Vertrages unter Abwesenden auf den Zeitpunkt der Absendung der Annahme zurückbezogen werden.

3. Kündigung der Miete.

Die Kündigung des Bestandvertrages, worunter das österreichische Recht Miete und Pacht versteht, erfolgt bei beweglichen Sachen gemäß § 1116 ABGB, bei unbeweglichen gem. § 560 ZPO. Das Gesetz schreibt in diesen Bestimmungen Kündigungsfristen dispositiv vor. Die Kündigung kann von beiden Parteien gerichtlich oder außergerichtlich erfolgen. Sie ist eine einseitige WE [2]). Die Besonderheit der Kündigung von z. Zt. geschützten Bestandsverträgen nach Mietengesetz, Pächterschutzverordnung usw. und die Frage, wann nur gerichtliche Kündigung zulässig ist, brauchen hier nicht erörtert zu werden.

Das gerichtliche Kündigungsverfahren ist bis zur Erhebung von Einwendungen ein außerstreitiges Verfahren. [3]) Die gerichtliche Kündigung kann mittels Schriftsatz oder mündlich bei Gericht angebracht werden (§ 562 ZPO). Sie muß, um wirksam zu sein, gem. § 563 vor Ablauf der in § 560 Z. 1 u. 2 genannten Fristen bei Gericht angebracht und dem Gegner zugestellt sein. Ziffer 1 u. 2 § 560 handeln von den vereinbarten und ortsüblichen Fristen. Daraus, daß § 560 Z. 3, wo für den Fall des Fehlens einer vereinbarten oder ortsüblichen Frist gesetzliche Fristen festgesetzt sind, in § 563 nicht mitangeführt ist, hat man

[1]) Kaiserl. Vo. usw. S. 254.

[2]) Ehrenzweig 466; Pollack II 628.

[3]) Nowack Samml. 17 Nr. 1684; Neumann § 560 Anm. I; Hermann § 560 Anm. 1.

geschlossen, daß Kündigungen nach § 560 Z. 3 nicht innerhalb der Fristen zugestellt werden müssen. [1]) Die in § 560 Z. 3 enthaltenen Kündigungsfristen wären aber überflüssig, wenn man nicht wenigstens die Stellung des Antrags bei Gericht innerhalb dieser Fristen fordern müßte. Aber nicht einmal dies wäre bei der angeführten Auslegung des § 563 nötig. Man wird daher wohl richtig annehmen müssen, daß auch im Falle des § 560 Z. 3 die Kündigung innerhalb der gesetzlichen Frist bei Gericht angebracht und der Gegenpartei zugestellt sein muß. [2])

Die Zustellung der gerichtlichen Kündigung erfolgt nach den für die Zustellung von Klagen maßgebenden Vorschriften des § 106 (§ 564) ZPO, in dem Regelfall also zu eigenen Händen des Empfängers oder seines Vertreters. Ist dies nicht möglich, so ist die Partei durch schriftliche Anzeige aufzufordern, an einem bestimmten Zeitpunkt zur Entgegennahme anwesend zu sein. Gelingt die Zustellung auch dann nicht, so wird die Kündigung beim Postamt oder Polizei hinterlegt und an diese Hinterlegung knüpfen sich die Folgen der Zustellung. Ist der Aufenthalt des Empfängers unbekannt, so erfolgt öffentliche Zustellung gemäß § 116 7 ZPO. Wann die Zustellung bewirkt ist, wird rein objektiv beurteilt, ohne daß durch Anführung subjektiver Momente die Möglichkeit besteht, die Rechtzeitigkeit zu fingieren, wenn die Kündigung etwa durch Verschulden des Empfängers verspätet zugestellt wurde. [3])

Die außergerichtliche Kündigung kann durch einen Notar, schriftlich oder mündlich erfolgen. Die Frist, binnen welcher sie dem Gegner mitgeteilt wird, muß den §§ 563 4, 560 entsprechen, § 565 III.

§ 566 II sagt, die kündigende Partei habe durch Urkunden der angeführten Art zu beweisen, an welchem Tage die Aufkündigung der Partei „mitgeteilt" wurde. Diese Vorschrift ist indessen nicht so zu verstehen, daß der Kündigende die Kenntnisnahme nachweisen müsse. Vielmehr genügt etwa eine Quittung über den Empfang des Schreibens, das die Kündigung enthielt. Entscheidungen hierzu liegen nicht vor.

Aus dieser Regelung der Kündigung des Bestandsvertrages und ihres Beweises geht hervor, daß auch hier das österreichische Recht der Empfangstheorie folgt, wenn auch teilweise in einer besonderen Form (der qualifizierten Form des Zugangs, der Zustellung).

---

[1]) So Hermann § 563 Anm. 1; Neumann § 563 Anm. 1; vgl. Glaser Unger Nr. 7057.

[2]) So auch OGHE 14. 2. 1855; Glaser Unger 2 Nr. 974 und OGHE 24. Aug. 09, angeführt bei Neumann Nachtrag III (Fassung u. Anwendung d. ZP-gesetze im Königreich d. Serben usw.) S. 202.

[3]) Vgl. Neumann § 563 4 Anm. 2; Hermann § 563 Anm. 3; Dubrowy-Sesser § 563 Anm. 1; Jolles S. 207; OGHE 31. 7. 02; Glaser Unger 39 Nr. 2000.

4. Zusammenfassung.

Die vorstehende Untersuchung über das Wirksamwerden der Offerte, der Annahme und der Kündigung lassen den Schluß zu, daß im österreichischen Recht ebenso wie im deutschen WEen grundsätzlich mit Zugang wirksam werden. [1])

Der Grundsatz über das Wirksamwerden der WE mit Zugang erleidet ebenso wie im deutschen Recht Ausnahmen. So bestimmt § 864 ABGB (ebenso § 151 BGB), daß die Annahme u. U. durch stillschweigende WE erklärt werden kann, die dem Offerenten nicht übermittelt zu werden braucht. Keine Ausnahmen dagegen bedeuten §§ 1081 ABGB, 339 IV, 323 I ö. HGB, da hier gar keine WE vorzuliegen braucht. [2])

Aber auch durch Parteivereinbarung oder einseitige Parteierklärung, z. B des Offerenten, die Annahme solle erst mit Kenntniserlangung wirksam sein, kann der Grundsatz der Empfangstheorie ausgeschlossen werden, wie im deutschen Recht. [3]) Dies folgt aus der grundsätzlichen Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des Obligationenrechts und aus dem weitgehenden Einfluß des Parteiwillens bei Vertragsschluß, der besonders durch den angeführten § 862 a Abs. 2 ABGB zum Ausdruck gebracht wird. Ein zwingender Charakter des aufgestellten Rechtsgrundsatzes kann auch nicht dem Gesetz entnommen werden.

Unter Zukommen (§ 862 a ABGB, „Eingang" 319 ö. HGB) ist im österreichischen Recht das gleiche zu verstehen wie im deutschen Recht, nämlich Kenntnisnahmemöglichkeit gemäß Verkehrsauffassung. [4]) Entscheidungen über Einzelfragen sind noch nicht bekannt geworden. In der Literatur werden die Einzelfälle im Anschluß an die deutsche Wissenschaft und in deren Sinne erörtert.

Die Frage, ob Wirksamkeit und Vollendung der WE zusammen oder auseinanderfallen, ist ebenso wie im deutschen Rechte zu beantworten. Wie dort soll davon ausgegangen werden, daß die WE dann vollendet ist, wenn ihr Urheber zu ihrem Wirken nichts mehr zu tun braucht, wenn sie ein von ihm losgelöstes Dasein führt. Für die Offerte bestimmt § 862 Satz 4 [5]) ABGB, daß sie nicht erlischt, wenn eine der Parteien „während der Annahmefrist" stirbt. [6]) Wie oben S. 33 festgestellt,

---

[1]) Ebenso auch ausdrücklich für den Widerruf der Offerte und Annahme im Handelsrecht § 320 ö. HGB.

[2]) Vgl. unten S. 42.

[3]) Ehrenzweig 131.

[4]) So auch Mayr 45 Anm. 25; Ehrenzweig 134 unter Bezugnahme auf deutsche Literatur.

[5]) Diese Bestimmung wurde erst durch die 3. Teilnovelle von 1916 eingefügt. Die entgegengesetzte Vorschrift des § 918 Satz 2 ABGB alte Fassung wurde gleichzeitig gestrichen.

[6]) Das gleiche Ergebnis wird im deutschen Recht durch §§ 130 II, 153 BGB erreicht.

beginnt die Annahmefrist mit der Absendung der Offerte zu laufen. Von diesem Augenblicke also ist der Bestand der Offerte von ihrem Urheber abgelöst, die Offerte ist vollendet. Für die Annahme hat das Gesetz eine entsprechende Bestimmung nicht aufgenommen. § 862 Satz 4 ist aber analog auf sie anzuwenden, da die für die Einführung des § 862 Satz 4 maßgebenden Erwägungen in erhöhtem Maße für die Annahme anzustellen sind. [1]) Denn sonst würde man zu dem Ergebnis kommen, daß, wenn nach Absendung aber vor Ankunft der Annahme der Annehmende stirbt, zwar die Annahme erlischt, die Offerte aber nicht, sondern für die Erben des Annehmenden offen bleibt; nunmehr würden dann die Erben durch erneute Annahme einen Vertrag abschließen können.

[1]) Für die Analogie zwischen Angebot und Annahme auch schon Hasenöhrl I, 603.

Schweizerisches Recht.

I. Einleitung.

Der Begriff der empfangsbedürftigen WE hat sich im schweizer wie im deutschen Recht eingebürgert. [1]) Das schweizer Gesetz hat weder im ZGB noch im OR allgemeine Bestimmungen über das Wirksamwerden von WEen aufgestellt. Die gestellte Aufgabe zwingt daher wie beim österr. Recht einzelne, bestimmte WEen zu untersuchen mit dem Ziel, etwa vorhandene allgemein gültige Sätze über den Zugang von WEen aufzustellen.

Den Streit der gemeinrechtlichen Lehre [2]) über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses entschied für das gesamte schweizer Recht zum ersten Male das Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881, das dabei der Regelung des ADHGB von 1861, also der Empfangstheorie folgte. [3]) Dieses alte OR wurde revidiert und gilt jetzt in der Fassung vom 30. März 1911, in Kraft seit 1. Januar 1912.

II. Wirksamwerden unter Abwesenden.

1. Offerte.

Das OR bestimmt über die Offerte, die es wie das deutsche und österr. Recht mit bindender Kraft ausgestattet hat, im Art. 9: „Trifft der Widerruf bei dem anderen Teile vor oder mit dem Antrage ein, oder wird er bei späterem Eintreffen dem anderen zur Kenntnis gebracht, bevor dieser vom Antrag Kenntnis genommen hat, so ist der Antrag als nicht geschehen zu betrachten. Dasselbe gilt für den Widerruf der Annahme".

Die Offerte ist also bis zu ihrem Eintreffen immer widerruflich. Damit gilt grundsätzlich die Empfangstheorie. [4]) Dieser Grundsatz enthält aber eine Unbilligkeit in dem Falle, daß der Widerruf zwar nach der Erklärung eintrifft, aber von dem Empfänger vor ihr gelesen wird; dann wäre nach dem strengen Grundsatz der Widerruf verspätet. Dies ist auch die Regelung des § 130 BGB und Art. 320 ADHGB, und war so nach schweizer Recht bis zur Aenderung des OR im Jahre 1911. Damals wurde aus Billigkeitserwägungen, wobei man von den de lege ferenda in der deutschen Literatur von Hölder [5]) gemachten Aus-

[1]) v. Tuhr 145.
[2]) Vgl. hierzu Maag 8 ff., 55 ff.
[3]) Vgl. Oser S. 30.
[4]) v. Tuhr I 161.
[5]) In Jhering 55, 459.

führungen ausging [1]), die Ausnahme von der Empfangstheorie eingeführt, daß die Offerte auch dann wirksam widerrufen ist, wenn sie erst nach Kenntnis des Widerrufs dem Anerklärten zur Kenntnis kommt.

2. Annahmeerklärung.

Die Annahme ist ebenso wie die Offerte bis zu ihrem Zugang widerruflich (Art. 9). Art. 3 bestimmt, daß der Steller eines befristeten Antrages nicht mehr gebunden ist, wenn vor Ablauf der gestellten Frist keine Annahmeerklärung bei ihm eingetroffen ist. Art. 5 trifft für die unbefristete Offerte die gleiche Regelung wie § 862 Satz 2 ABGB und § 321 ADHGB, wonach die Annahmeerklärung innerhalb einer Frist „eingegangen" sein muß, die sich aus der regelmäßigen Laufzeit der Offerte und Annahme und der regelmäßigen Ueberlegungszeit berechnet.

Aus diesen drei Bestimmungen geht hervor, daß das OR auch bezüglich der Wirksamkeit der Annahmeerklärung und damit des Vertragsschlusses der Empfangstheorie folgt. [2]) Zu einem anderen Ergebnis kann auch nicht Art. 10 OR führen, der wie § 321 ADHGB die Wirkungen des Vertrages auf den Zeitpunkt der Absendung der Annahme zurückbezieht. Denn er setzt, wie aus dem Wortlaut klar hervorgeht, das Zustandekommen des Vertrages voraus und enthält keine Bestimmungen über Zeitpunkt und Ort der Wirksamkeit der Annahmeerklärung.

3. Widerruf.

Wie aus dem oben angeführten Art. 9 OR hervorgeht, gilt auch für den Widerruf grundsätzlich die Empfangstheorie; die der Vernehmungstheorie gemachte Konzession ist eine Ausnahme, die eine Unbilligkeit beseitigt, aber selten von praktischer Bedeutung sein wird [3]), schon weil der Zeitpunkt der Kenntnisnahme sich selten wird beweisen lassen.

4. Schlußziehung.

Der Grundsatz. Wir sehen, daß das schweizer Recht für die Offerte, die Annahmeerklärung und den Widerruf der Empfangstheorie folgt. Noch in weiteren Bestimmungen des OR kommt diese Theorie zum Ausdruck; so z. B. in Art. 293 II, wonach die durch die Rücktrittsandrohung des Pächters gesetzte Frist von dem „Zukommen" der Rücktrittserklärung an läuft; in Art. 497, wo von dem „Empfang" der Weisung des Kreditbriefausstellers gesprochen wird; in Art. 438, wo-

[1]) v. Tuhr I, 149 Anm. 39; vgl. Hodler 69.
[2]) Oser S. 30; Becker Art. 5 Anm. 1.
[3]) v. Tuhr I, 149.

nach die Rücktrittserklärung des Kommittenten rechtzeitig ist, wenn sie vor der Absendung der Ausführungsanzeige des Kommissionärs „eintrifft"; vgl. ferner Art. 265 u. a. m.

Aus der Menge dieser Bestimmungen ist der allgemeine Satz zu entnehmen, daß das schweizer Recht bei den empfangsbedürftigen WEen der Empfangstheorie folgt, daß also für die Wirksamkeit einer WE der Zugang erforderlich ist, aber auch genügt. [1])

Diese Stellungnahme des Gesetzes beruht auf Billigkeitserwägungen, um die Gefahr der Uebermittlung einer Nachricht unter den Parteien richtig zu verteilen; weil der Empfänger das Wirksamwerden der Erklärung nach der Vernehmungstheorie verzögern könnte, und weil man dem Beweispflichtigen nicht den schweren Beweis der Kenntnisnahme der Erklärung durch den Gegner, sondern nur den leichteren des Zugangs auferlegen wollte. [2])

Ausnahmen. Ebenso wie im deutschen Recht ist im OR die Empfangstheorie nicht ausnahmslos zur Herrschaft gekommen. Erwähnt wurde schon Art. 9, wonach für Offerte, Annahme und Widerruf unter Umständen die Vernehmungstheorie gilt. Diese Ausnahme ist analog auf alle WEen anwendbar [3]), denn die Erwägungen, die zu ihr führten, sind bei allen einseitigen WEen anzustellen. Man wird also den Widerruf jeder WE für rechtzeitig halten, der zwar nach der Erklärung angekommen aber vor ihr dem Erklärungsgegner zur Kenntnis gekommen ist. [4])

Eine weitgehende Abschwächung der Wirkungen der Empfangstheorie bedeutet Art. 10 OR (aus 320 ADHGB übernommen), wonach unbeschadet des Zeitpunkts der Wirksamkeit der Annahme und damit des Zustandekommens des Vertrages die Wirkungen des Vertrages schon mit der Absendung der Annahme beginnen. Das bedeutet, daß die Gefahr der verkauften Sache mit Absendung der Annahmeerklärung übergeht, daß Abschlußort und -zeit sich nach Ort und Zeit der Absendung der Annahme richten [5]), immer vorausgesetzt aber, daß der Vertrag durch richtigen Zugang der Annahme auch wirklich zustandekommt.

Keine Ausnahme von der Empfangstheorie bedeutet Art. 6, wonach „der Vertrag als abgeschlossen gilt, wenn der Antrag nicht binnen einer angemessenen Frist abgelehnt wird", vorausgesetzt, daß „nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist". Anders als § 151 BGB und § 864 ABGB, wo nur auf die Absendung der Annahme, nicht aber auf die Aeußerung des Willens verzichtet wird, setzt Art. 6 OR weder eine Willensäußerung noch überhaupt einen

[1]) So v. Tuhr I, 146, 150; Oser S. 30 (aber mit Einschränkungen).
[2]) v. Tuhr I, 147.
[3]) So v. Tuhr I, 149; Oser Art. 9 Anm. IV, 2 und S. 30/1.
[4]) Weitere Ausnahmen vgl. v. Tuhr I, 150, 163 (Anzeige gem. Art. 5 III. Mängelrüge gem. 201 I u. a.)
[5]) Oser Art. 10, Anm. 4; v. Tuhr I, 169.

Willen voraus. Das Gesetz knüpft an das Schweigen die Rechtsfolge der Annahme ohne Rücksicht darauf, ob überhaupt ein Annahmewille vorliegt. [1])

Die Vorschriften des OR, nach denen die Wirksamkeit einer WE mit ihrem Zugang eintritt, und der hieraus abgeleitete Satz von der allgemeinen Gültigkeit der Empfangstheorie können durch Parteivereinbarung geändert werden. [2]) Das geht einmal aus der grundsätzlichen Vertragsfreiheit und dem Schweigen der angezogenen Bestimmungen hervor, folgt aber auch daraus, daß ein Vertrag ohne Zugang der Annahme perfekt wird, wenn die Annahme durch konkludente Handlungen z. B. den Verbrauch einer unbestellt zugesandten Ware erfolgt; hier kommt der Vertrag mit der Aeußerung des Annahmewillens zustande, bevor der Gegner von der Annahme Kenntnis haben kann, weil der Offerent auf den Zugang einer Antwort verzichtet hat. [3])

Zeitpunkt des Zugangs. In den angezogenen Bestimmungen des OR wird für den Zugang der WEen nicht ein bestimmtes Wort gebraucht, sondern abwechselnd die Ausdrücke eintreffen, ankommen, eingehen, empfangen, zukommen. Offenbar wird damit aber immer der gleiche Vorgang bezeichnet, wie z. B. aus Art. 5 Abs. 1 und 3 OR hervorgeht, wo „Eingang" und „eintreffen" das gleiche Ereignis bezeichnen. Bei der Bestimmung des Zeitpunktes, in dem das Eintreffen usw. eintritt, lehnt sich die schweizer Wissenschaft eng an die deutschen Lehren über den Zugang an. [4]) Ein Unterschied von dem deutschen Recht hinsichtlich dieses Zeitpunkts besteht nicht.

Bei Vereitelung oder schuldhafter Verzögerung des Zugangs kann die Erklärung, wenn nötig, nachgeholt werden; sie gilt dann als rechtzeitig, wobei sich die Wissenschaft aber, ebenso wie in Deutschland, nicht einig ist, ob dieses Ergebnis mit einer Fiktion, einer analogen Anwendung des Art. 156 OR (Vereitelung des Eintritts einer Bedingung) oder mit Art. 2 ZGB (Treu und Glauben) zu begründen ist. [5])

[1]) Becker Art. 6 I; BGE 32, 2, 286; Analoge Fälle in Artt. 395, 425, 439, 440, 456 OR.

[2]) Ebenso v. Tuhr I, 146 Anm. 23.

[3]) v. Tuhr I, 166.

[4]) Vgl. v. Tuhr I, 146: „wenn nach der Anschauung des Lebens und unter Voraussetzung normaler Verhältnisse die Kenntnisnahme nur noch vom Adressaten selbst oder den Einrichtungen seines Hauses . . . abhängt"; Oser S. 30 Anm. 2 b und Art. 9 Anm. III, 2: „Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit der Kenntnisnahme"; Funk Art. 3 Anm. 7: „sobald im Machtbereich des Empfängers"; BGE 25, 2, 469: Kenntnisnahmemöglichkeit; ferner Hodler S. 58.

[5]) v. Tuhr I, 151 (mit der Fiktion der Rechtzeitigkeit); Oser Art. 9 Anm. III, 2 d; Becker Art. 9 Anm. 3 (nach Treu und Glauben in Anlehnung an RGZ 58, 409).

Wirksamkeit und Vollendung. Halten wir, wie im deutschen Teil dieser Abhandlung, eine WE vollendet, sobald die Tätigkeit des Erklärenden beendet ist und auch sein Tod oder Verlust der Geschäftsfähigkeit keinen Einfluß mehr auf die WE hat, so ist auch im schweizer Recht die WE mit der Abgabe, nicht aber erst mit dem Zugang vollendet. [1]) Wenn v. Tuhr [2]) anderer Ansicht ist, so handelt es sich nur um einen Streit um Worte. Denn auch er läßt ebenso wie die herrschende Ansicht der Literatur den Tod oder den Verlust der Geschäftsfähigkeit des Erklärenden nach Abgabe der WE ohne Einfluß auf die WE sein. [3]) Diese Frage ist zwar im Gesetz nicht geregelt [4]) und von der Rechtsprechung noch nicht entschieden, wird aber von der Wissenschaft aus allgemeinen Erwägungen und unter Hinweis auf die Regelung des BGB zutreffend gelöst.

III. Wirksamwerden unter Anwesenden.

Die Anwendbarkeit der Empfangstheorie auf Vertragsschluß unter Anwesenden, worunter gem. Art. 4 II OR auch der telefonische Vertrag fällt, ist in der Literatur bestritten und von der Rechtsprechung noch nicht entschieden. v. Tuhr [5]) scheint die Frage zu bejahen. Oser [6]) verneint sie. Das Gesetz nimmt nicht ausdrücklich Stellung, jedoch kann ihm mit genügender Klarheit eine bejahende Beantwortung entnommen werden. Art. 3 und 9, die von der Befristung einer Offerte und dem Widerruf handeln, sind nach Wortlaut und Sinn auch auf Verhandlungen zwischen Anwesenden anzuwenden und sprechen beide von „Eintreffen" der Erklärung, also auch bei Anwesenden. Das Gesetz begnügt sich also für die Annahme einer befristeten Offerte und für den Widerruf auch bei Anwesenden mit dem Zugang. Ebenso folgen Art. 293, 407, 438 OR der Empfangstheorie, ohne zwischen Anwesenden und Abwesenden zu trennen. In diesen Fällen Kenntnisnahme zu verlangen, würde gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes verstoßen. Wenn auch praktische Beispiele für diesen Fall selten sein werden, da unter Anwesenden Vernehmen und Zugehen regelmäßig zusammenfallen, so ist doch für den Schutz des Erklärenden bei gewissen Umständen an der Empfangstheorie auch bei Anwesenden festzuhalten. [7]) Z. B. der Erklärungsgegner hält sich die Ohren zu, um die Annahme einer be-

---

[1]) Ebenso Hodler 53.

[2]) I, 147, 149.

[3]) v. Tuhr I, 146, 165; Oser S. 29, 2 c und Art. 10 Anm. 4 c.

[4]) Sie kann auch nicht aus Art. 10 gefolgert werden, wie Oser es tut, denn dort ist nur von den Wirkungen des Vertrages, aber nicht von dem Zustandekommen gehandelt.

[5]) I, 148.

[6]) S. 30 Anm. 2 c.

[7]) Vgl. die Ausführungen oben S. 21 ff.

fristeten Offerte nicht zu vernehmen; dann ist nach der hier vertretenen Ansicht der Vertrag geschlossen, ohne daß zu einer Vorschrift über Treu und Glauben oder einer Analogie Zuflucht genommen werden müßte, wie bei der Vernehmungstheorie.

Französisches Recht.

I. Einleitung.

Der C. c. regelt ausdrücklich weder allgemein gültig, wie das BGB, noch in einer Sonderbestimmung für eine einzelne WE das Wirksamwerden der WE. Für unsere Untersuchung können daher lediglich die von der Rechtsprechung und der Literatur aufgestellten Grundsätze benutzt werden, was eine wesentlich stärkere Heranziehung der Entscheidungen nötig macht, wie im österr. und schweizer Recht. Wie dort aber müssen zunächst einzelne WEen betrachtet werden, mit dem Ziel, einen allgemein gültigen Satz zu finden.

II. Willenserklärungen unter Anwesenden.

Bei WEen unter Anwesenden folgt die französische Literatur und Rechtsprechung einmütig der Vernehmungstheorie. [1]) Auch bei ihnen die Empfangstheorie zu prüfen, fehlt der Wissenschaft in ihrer Mehrheit schon deswegen der Anlaß, weil sie zwischen den beiden genannten Theorien keinen Unterschied macht. Telefonische WEen werden wie solche unter Anwesenden behandelt. [2])

III. Willenserklärungen unter Abwesenden.

a) Vertragsschluß. Annahmeerklärung.

Die uns im deutschen Recht bekannten vier Theorien über den Zugang der WE werden im französischen Recht ebenso wie im gemeinen deutschen Recht bei dem Vertragsschluß erörtert. Sehr häufig aber werden die Erklärungstheorie und die Entäußerungstheorie unter dem Namen théorie de la déclaration, die Empfangs- und die Vernehmungstheorie unter der Bezeichnung théorie de l'information zusammengefaßt, sodaß sich nur noch zwei Theorien gegenüberstehen. [3]) Vor allem wird in der Rechtsprechung allgemein nur nach diesen beiden Theorien unterschieden.

Der C. c. enthält keine Bestimmung über Ort und Zeit des Zustandekommens des Vertrages. Auszugehen ist von a. 1108 C. c. der

[1]) Vgl. z. B. für die Annahmeerklärung Dolbeau 279; Baudry Barde 12 Nr. 37, 40; Planiol 2, Nr. 985 Anm. 2; Laurent 15 Nr. 479; Zachariae Crome 2, 418; für die Kündigung Baudry Wahl 20, Nr. 1249.

[2]) Vgl. z. B. Baudry Barde 12, Nr. 40; Dolbeau 466 ff.

[3]) Vgl. z. B. Glasson DP 92. 2. 249; Planiol 2 Nr. 985; Valéry DP 1913. 2. 1.

bestimmt: Zur Gültigkeit eines Vertrages ist die Einwilligung (consentement) der Partei erforderlich, die sich verpflichtet. Diese Bestimmung hat, unter Außerachtlassung der einseitigen Verträge, nur die zweiseitigen im Auge. Consentement setzt das Vorhandensein eines anderen Willens voraus, es ist das Zusammentreffen mehrerer übereinstimmender WEen. [1])

Die Frage, wann ein Vertrag zustandegekommen ist, beantwortet der C. c. also dahin: wenn Willensübereinstimmung vorliegt. In Uebereinstimmung hiermit bestimmt a. 1583 C. c. über den Kauf: Der Kauf ist perfekt . . . sobald man über die Sache und den Preis einig geworden ist (est convenu). Der Ausgangspunkt des französischen Rechts ist also anders als der des BGB, das fragt, wann ist die Annahme wirksam (= zugegangen), wobei allerdings neben der formellen Uebereinstimmung, die in der Annahme einer Offerte liegt, auch die materielle der Willensübereinstimmung für den Vertragsschluß zu prüfen ist. Der Unterschied wird in dem Falle praktisch, wenn sich kreuzende, übereinstimmende Kaufs- und Verkaufsangebote abgegeben werden. Nach französischem Recht ist damit ein Vertrag zustandegekommen [2]), während nach deutschem Recht eine weitere Annahmeerklärung, sei es auch nur stillschweigend, erfolgen müßte.

Durch diese Bestimmung des C. c. ist aber keine Stellung genommen zu der Frage, wann die Einwilligungserklärung wirksam oder vollendet ist. Diese Frage, die schon vor Schaffung des C. c. erörtert wurde, hat der Gesetzgeber nicht geregelt, sondern ihre Lösung bewußt der Lehre überlassen. Wenn in französischen Entscheidungen und in der Literatur von den Anhängern der Deklarationstheorie mitunter unter Berufung auf C. c. 1108 argumentiert wird, der Vertrag sei vollendet, sobald der Empfänger der Offerte die Annahmeerklärung erkennbar gemacht hat [3]), so ist die Frage nicht scharf genug gefaßt. Denn auch im französischen Recht muß die Fragestellung lauten, wann ist die Annahmeerklärung vollendet. Aus der Beantwortung dieser Frage ergibt sich dann erst die Vollendung des Vertrages. Ein Argument für die Stellungnahme des C. c. enthält a. 932, der die Wirksamkeit einer Schenkung von ihrer Annahme abhängig macht. Abs. 2 bestimmt: L'acceptation (de la donation) pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte

---

[1]) Vgl. z. B. Baudry-Barde 12 Nr. 27; Dalloz „Contrat" Nr. 28 und die Zusammenstellung der einzelnen Autoren bei Dolbeau 339.

[2]) Baudry-Saignat 19 Nr. 41.

[3]) Vgl. z. B. Paris 5. 2. 1910 DP 10. 2. 4. Der Vertrag war geschlossen durch die Offerte vom 10. . . und durch die Annahme in dem Brief vom 14. . . und von diesem Datum ab bestand zwischen den Parteien Uebereinstimmung (accord) über Sache und Preis und daher lag ein Kaufvertrag vor (il y avait vente).

qui constatera cette acceptation lui aura été notifié. Diese Bestimmung, die sich für die Empfangstheorie entscheidet, wird verallgemeinert und aus ihr gefolgert, der C. c. bekenne sich zur Vernehmungs- resp. Empfangstheorie (théorie de l'information) [1]), während die Gegner wiederum sagen, aus dieser vereinzelten Sonderbestimmung könne ein Argument für die Stellungnahme des C. c. nicht entnommen werden. [2]) Die Gegner berufen sich ferner auf a. 1121 C. c., wo vom Vertrag zu Gunsten Dritter gehandelt wird und bestimmt ist, daß das Versprechen nicht mehr widerrufen werden kann, wenn der Dritte seine Zustimmung erklärt hat. Aber diese Bestimmung ist kein Argument für die Deklarationstheorie, denn das Gesetz sagt nicht, wann die Erklärung wirksam werden soll. Zu dieser Frage hat der C. c. keine Stellung genommen. [3])

Da nun weder das Gesetz, abgesehen von a. 932, eine Stellungnahme erkennen läßt, noch aus geschichtlichen Betrachtungen eine Lösung gefunden werden kann, denn eine herrschende Meinung gab es in dieser Frage auch vor der Schaffung des C. c. nicht, so muß die Lösung aus Billigkeitserwägungen gefunden werden. Diese führen aber, wie die Erwägungen zu § 130 BGB zeigen, zur Anerkennung der Empfangstheorie. Ein weiteres wichtiges Argument für diese Theorie ist auch die Neuregelung der französischen Postgesetze, wonach, im Gegensatz zu früher, Briefe usw. bis zum Einlangen beim Empfänger angehalten und zurückgerufen werden können. [4])

In der Literatur sind die Theorien sehr umstritten. Zu der Deklarationstheorie in dem weiteren Sinne bekennen sich Baudry-Barde 12, Nr. 37; Demolombe 24, Nr. 75; Aubry-Rau 4, 486; Hepp Nr. 106 ff.; Glasson DP 92. 2. 249; Rousseau Nr. 73; Stabel 318; Surville Clunet 1910, 766; Valéry DP 1913. 2. 1; Zachariae § 343 Anm. 5 S. 425. [5])

Schwierig ist die Trennung der Autoren, die sich zur Empfangstheorie bekennen, von denen, die der Vernehmungstheorie folgen.

Eindeutig und bewußt zur Vernehmungstheorie halten Dolbeau (325), Linnemann (63), Baudry-Saignat (19 Nr. 35), während Crome [6]) und Scherer (36 ff.) Anhänger der Empfangstheorie sind. Scherer folgt zwar dem Namen nach der Vernehmungstheorie, sachlich weicht er aber nicht von der Empfangstheorie ab. Er begründet dieses Ergebnis mit dem Satze „domicile supplée la personne", der das französische Recht

---

[1]) Vgl. z. B. Laurent 551; Zachariae Crome 418 Nr. 5.

[2]) Vgl. z. B. Aubry Rau 4, 487 Anm. 25.

[3]) Vgl. z. B. Laurent S. 552.

[4]) Vgl. unten S. 49.

[5]) Vgl. ferner die Aufstellung bei Serafini 54 5, Dolbeau 306 7 und Baudry 12 Nr. 37 Anm. 2, Nr. 38 Anm. 1.

[6]) In seiner Bearbeitung des Handbuchs von Zachariae 8. Aufl. 2, 418 Anm. 5 und Grundlehren § 6 Anm. 14.

beherrsche. Hierdurch werde eine juristische Identität der beiden Theorien erreicht. Zu berücksichtigen ist hierbei noch, daß Scherer ganz allgemein der Ansicht ist, die Empfangstheorie sei eine verkappte Vernehmungstheorie. Es liege dem Gesetz die Vermutung unter Ausschluß des Gegenbeweises zugrunde: Ein Brief, welcher einer Person zugeht, ist in diesem Augenblick gelesen. Ohne diese Vermutung sei ein Rechtsverkehr unmöglich. [1]) Unterscheidet man aber, wie hier immer geschehen, zwischen diesen beiden Theorien, und will man Scherer einer von ihnen zuordnen, so rechtfertigt es sich auf Grund der von ihm als richtig erkannten Ergebnisse, ihn der Empfangstheorie zuzurechnen.

Toullier 6 Nr. 29; Larombière art. 1101 Nr. 21 Bd. 1. S. 20; Laurent 15 Nr. 479; Planiol 2 Nr. 986; sowie Fuzier-Herman 2 § 1101 Nr. 58 und Troplong, Vente 1 Nr. 25, Louage 1 Nr. 105 Anm. 4, sind eindeutig Gegner der Deklarationstheorie. Sie lassen indes nicht mit Bestimmtheit erkennen, ob sie den Zugang entscheiden lassen, oder ob sie Vernehmung fordern. Da sie nicht zwischen den beiden entsprechenden Theorien unterscheiden, keine klärenden Beispiele erörtern und ihre Stellungnahme zu einer der beiden Theorien auch nicht bei der Widerruflichkeit der Erklärungen erkennbar wird, ist ihre Einreihung schwer vorzunehmen. Baudry [2]) und Dolbeau (317) rechnen sie, soweit sie sie erwähnen, zur Vernehmungstheorie, ohne indessen anzugeben, woraus sie dies schließen. Aus dem Namen, théorie de l'information, der noch dazu nicht immer gebraucht wird, ist nichts zu entnehmen, da dieser Ausdruck häufig beide Theorien zusammenfaßt und gerade von den in Frage stehenden Schriftstellern so gebraucht wird. Der einzige Anhaltspunkt für eine Stellungnahme sind daher die gebrauchten Ausdrücke. Die ersten drei der aufgeführten Schriftsteller gebrauchen das Wort „connaissance", während Fuzier und Troplong andere Worte wie parvenue, remise in Bezug auf den Brief anwenden, um den Zeitpunkt des Wirksamwerdens zu bezeichnen. Hiernach könnte man die letzteren als Anhänger der Empfangstheorie bezeichnen.

Die Anhänger der Deklarationstheorie, soweit sie die auftauchenden Fragen erkennen, sehen sich indessen zu Einschränkungen ihrer Ansicht zu Gunsten der Empfangstheorie gezwungen. So sagt Aubry Rau 4, 486, die Abgabe der Annahmeerklärung mache den Vertrag nur dann wirksam, wenn dabei derartige Uebermittlungsart und Mittel gewählt würden, daß es nicht mehr in der Macht des Absenders läge, seine Erklärung anzuhalten oder zu annullieren. Dies sei z. B. der Fall, wenn die Annahme in einem postlagernden Brief oder Telegramm erklärt werde, und diese nicht mehr zurückgezogen werden könnten.

[1]) Vgl. Scherer Allg. Teil des BGB S. 298. Aehnlich bezeichnet ja auch Dernburg Pandekten 7. Aufl. Bd. 2 § 11 Anm. 10 und Regelsberger Pandekten I § 150 die Empfangstheorie als eine praktische Ausbildung und Modifikation der Vernehmungstheorie.

[2]) 12, 60 Anm. 2.

Er führt aus, diese Einschränkung sei durch die neuen Post- und Telegrafen-Ordnungen [1]) notwendig gemacht, nach deren Bestimmungen, im Gegensatz zu früher, Briefe und Telegramme bis zu ihrer Aushändigung an den Adressaten vom Absender angehalten und zurückgefordert werden können. [2]) Der Absender hat dieses Recht immer, wenn er bestimmte Formalien zur Identifizierung seiner Sendung erfüllt. Bei Telegrammen erlischt das Recht 24 Stunden nach Aufgabe zur Post, bei Briefen ist es zeitlich nicht beschränkt. Für den Regelfall der Erklärungsübermittlung nämlich durch Brief oder Telegramm, bedeutet die angezeigte Einschränkung also, daß die Erklärung erst mit postmäßiger Bestellung wirksam wird. Das ist aber nichts anderes als die Empfangstheorie, welcher der sich dem Namen nach zur Deklarationstheorie bekennende Autor folgt.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangen Baudry-Saignat (19 Nr. 35), die ausdrückliche Anhänger der Vernehmungstheorie sind und die Empfangstheorie als eine Abart derselben bezeichnen. Sie führen aus, im geltenden Recht könne jede Postsendung zurückgerufen werden, solange sie nicht dem Adressaten ausgeliefert sei, und folgern daraus, daß also die Annahmeerklärung, erst wenn sie in die Hände des Offerenten gelangt sei, endgültig (définitive) geworden sei, damit aufhöre dem bis dahin freien Willen des Annehmenden, sie rückgängig zu machen, unterworfen zu sein, und damit diesen binde. Es geht nun aber nicht an, den Annehmenden zu binden, den Vertrag aber noch nicht für abgeschlossen zu erachten, sondern dem Offerenten noch den Rücktritt offen zu halten. Dies erscheint auch Baudry-Saignat offenbar unbillig, denn er sagt (19 Nr. 37), wenn der Adressat den Brief uneröffnet lasse, um daraus Vorteil zu ziehen, so verstoße dies gegen Treu und Glauben, was nicht geduldet werden dürfe; wenn der Adressat bewußt den Brief nicht geöffnet habe, so sei er so zu behandeln, als ob er ihn gelesen habe.

Weitere Zugeständnisse macht Baudry bei Erörterung der Beweislast. Der Absender ist streng genommen beweispflichtig dafür, daß der Adressat den Brief zur Kenntnis genommen hat. Dies erscheint ihm aber zu hart. Er läßt also den Beweis des Empfangs des Briefes genügen und knüpft daran die durch besondere Umstände widerlegbare Vermutung, daß er ihn auch gelesen habe.

Nach diesen Einschränkungen, die Baudry-Saignat machen, würde es aber klarer erscheinen, ebenso wie es bei Aubry-Rau der Fall wäre, wenn sie aus ihren Ausführungen den Schluß zögen und nicht nur der Sache, sondern auch dem Namen nach sich zur Empfangstheorie bekennen würden.

---

[1]) Regl. de l'administration des Postes et Télégraphes v. 12. Jan./11. Febr. 1894 art. 28, 30, 32, 34 und Instruction générale des Postes de 1899 I Nr. 504 ff.

[2]) Vgl. Scherer; Hepp Nr. 85; Rousseau Nr. 5; Baudry-Barde 12, 63.

Wie Aubry-Saignat begnügt sich auch Dolbeau mit dem Beweis des Zugangs des Briefes, zieht also an dieser Stelle nicht die Folgerung aus der von ihm vertretenen Vernehmungstheorie. Er erkennt an (S. 421, Zeile 6), daß der Absender eigentlich beweispflichtig für die Kenntnisnahme sei, knüpft aber an den Empfang nicht wie Baudry, ausdrücklich eine Vermutung dafür, sondern geht ohne weiteres stillschweigend davon aus, daß der Absender nur den Zugang zu beweisen habe. [1]) Um den Empfang zu beweisen, genügt nach Dolbeau (S. 424/5) immer die Quittung des eingeschriebenen Briefes. Nun ist damit aber noch nicht gesagt, daß der Brief an den Adressaten ausgeliefert ist, denn nach Art. 3 Ges. v. 25. 1. 1873 können eingeschriebene Briefe auch an einen Beauftragten, andere eingeschriebene Sendungen selbst an Dienstpersonal oder Hausgenossen ausgehändigt werden. [2])

Zusammenfassend ist festzustellen, daß noch keine der Ansichten über die aufgeworfene Frage nach dem Zeitpunkt der Gültigkeit der Annahmeerklärung als herrschend bezeichnet werden kann, daß insbesondere keine Mehrheit in der Literatur für die Empfangstheorie besteht, daß aber unter den modernen Schriftstellern, besonders unter dem Einfluß der Aenderung der Postgesetzgebung eine deutliche Neigung zur Empfangstheorie oder doch seinen Ergebnissen vorhanden ist.

Wir wollen jetzt die Lösungen der Praxis betrachten.

Die Anhänger der Deklarationstheorie berufen sich auf eine große Anzahl von Entscheidungen. [3]) Diese Entscheidungen beschäftigen sich aber, mit alleiniger Ausnahme der ersten und beiden letzten (vgl. auch die Entscheidung des Kassationshofs weiter unten), mit der Frage des a. 420 C. pr. c. Nach dieser Vorschrift ist in Handelssachen dort ein Gerichtsstand begründet, wo 1. das Versprechen gemacht ist (la promesse a été faite) und 2. außerdem noch die Ware geliefert worden ist. Versprechen bedeutet hier nicht nur Offerte, sondern allgemein verpflichtende Erklärung, also auch die Annahmeerklärung. Diese Entscheidungen interessieren hier, soweit sie die Frage prüfen, wann und wo das Versprechen gemacht ist.

Nun kann man sehr wohl sagen, die Annahme ist an dem Ort gemacht, von wo sie abgesandt ist, ohne sich aber darüber auszusprechen, ob man sie auch mit der Abgabe für wirksam hält. Die angeführten Entscheidungen nehmen aber übereinstimmend auch zu der letzteren

---

[1]) Vgl. S. 421, 5. Zeile v. unten, 422, Zeile 1, 423, Zeile 2 v.unten.

[2]) Dalloz Bd. 9 „Postes" Nr. 82.

[3]) Pau 16. 7. 52 DP 54. 2. 205; Lyon 1. 6. 57; DP 58. 2. 21; Caen 15. 6. 71 DP 72. 5. 111; Rennes 6. 2. 73 DP 75. 2. 224; Rouen 28. 2. 74 DP 77. 2. 222; Douai 15. 3. 86 DP 88. 2. 37; Poitiers 21. 1. 91 DP 92. 2. 249; Lyon 12. 4. 92 DP 92. 2. 324; Chambéry 19. 5. 96 DP 98. 2. 114; Poitiers 14. 5. 01 DP 02. 2. 12; Civ 6. 2. 06 DP 10. 1. 234; Paris 5. 2. 10 DP 13. 2. 1; siehe auch weitere Entscheidungen DP 01. 2. 415 und Baudry 12, 60 Anm. 2.

Frage Stellung und halten mit Abgabe der Annahmeerklärung den Vertrag für zustandegekommen. Sie werden also zurecht von den Anhängern der Deklarationstheorie angeführt.

Dagegen sprechen sich entgegengesetzt eine große Anzahl für die Informationstheorie aus. Da in der Rechtsprechung nicht eindeutig zwischen Empfangs- und Vernehmungstheorie geschieden wird, so ist die Trennung der Entscheidungen nach diesen Gesichtspunkten nicht eindeutig vorzunehmen. Der Versuch soll hier gemacht werden, wobei aber noch hervorgehoben sei, daß die hier für die Empfangstheorie in Anspruch genommenen Entscheidungen, in der französischen Literatur auch von den erklärten Anhängern der Vernehmungstheorie angeführt werden. [1]) Die Trennung der Entscheidungen kann nur nach den gebrauchten Ausdrücken erfolgen. Teilweise begnügen sie sich mit Zugang, wie aus den Worten parvenir, recevoir, arriver, remettre, notifier u. ä. hervorgeht, zum anderen Teil verlangen sie aber Kenntnisnahme, wie sich aus den Worten connaître, percevoir ergibt.

Unterscheidet man hiernach, so sprechen sich für die Empfangstheorie aus: Bourges 19. 1. 66. DP 66. 2. 64 [2]); Chambéry 8. 6. 77. DP 78. 2. 113; Nîmes 15. 6. 00. DP 01. 2. 415; Nîmes 4. 3. 08. DP 08. 2. 248; Nîmes 3. 3. 11. DP 13. 2. 164; ferner Orléans 30. 11. 44; Sirey 1847. 1 67; Paris 17. 4. 52. DP 52. 5. 381; Paris 11. 1. 54. DP 54. 2. 139; Paris 8. 3. 65. DP 67. 2. 25 (28); Bruxelles 25. 2. 67. DP 67. 2. 193; Lyon 27. 6. 67. DP 67. 2. 194; Orléans 26. 6. 85. DP 86. 2. 135; Toulouse 13. 6. 01. DP 02. 2. 16; vgl. Req. 16. 6. 13. DP 14. 1. 229.

Die ersten 5 der angeführten Entscheidungen sind zu a. 420 C. pr. c. ergangen. Sie setzen sich in Gegensatz zu den oben angeführten Entscheidungen, wenn sie sagen, das Versprechen sei dort gemacht, wo es wirksam werde und Vertragsschluß herbeiführe. Dies sei aber dann der Fall, wenn es bei dem Offerenten eintreffe.

Kenntnisnahme dagegen verlangen: Paris 22. 1. 53. DP 54. 2. 25; Paris 16. 11. 53. DP 55. 2. 126; Bordeaux 17. 1. 70. DP 71. 2. 96; Aix 23. 11. 08. DP 09. 2. 61.

Der Kassationshof hat zu dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Vertrages ausdrücklich keine Stellung genommen. Der Grund hierfür ist, daß er es für eine Tatfrage und nicht für eine Rechtsfrage, also nicht für revisibel hält, wann ein Vertrag zustandegekommen ist. [3]) Valéry [4]) will indessen in einer Entscheidung des Kassationshofes das Bekenntnis zur Deklarationstheorie entdecken. [5]) Dort hatte das Gericht zu ent-

---

[1]) Vgl. z. B. Baudry-Saignat 19 Nr. 35; Dolbeau 318.

[2]) Vgl. hierzu das Kassationsurteil Req. 6. 8. 67. DP 68. 1. 35.

[3]) Req. 1. 12. 75 DP 77. 1. 450; 2. 2. 85 DP 85. 1. 293; Paris 6. 8. 67 DP 68. 1. 35; dagegen Dolbeau 308/9.

[4]) DP 1913. 2. 3.

[5]) Siehe Civ. 6. 2. 05 DP 10. 1. 234; Comp. Req. 26. 5. 08 DP 09. 1. 426.

scheiden, ob eine Annahmeerklärung, die zwar vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Frist abgegeben, aber erst nach Fristablauf bei dem Adressaten eintraf, rechtzeitig war und noch Vertragsschluß herbeiführen konnte. Das Berufungsgericht entschied, der Vertrag sei zustandegekommen. Der Kassationshof erblickte hierin keine Gesetzesverletzung, ein Ergebnis, das zunächst für die Deklarationstheorie zu sprechen scheint. In der Begründung aber wird ausgeführt, daß die Lösung gewählt wurde, weil es bedeuten würde, unzulässigerweise die vereinbarte Frist zur Annahmeerklärung zu beschränken, wenn man, bei Fehlen jeglicher näheren Vereinbarung über diesen Punkt, in die Frist die Zeitspanne hineinrechnen wollte, die notwendig ist, um die Annahmeerklärung zur Kenntnis des Antragenden zu bringen. [1]) Weil das Gericht nicht argumentiert, die Annahmeerklärung ist mit Abgabe wirksam, also rechtzeitig abgegeben, also ist der Vertrag zustandegekommen, sondern weil es lediglich die von den Parteien beabsichtigte Fristdauer erforscht, also die Parteivereinbarung auslegt, so scheint mir aus dieser Entscheidung kein Argument dafür zu entnehmen zu sein, daß der Kassationshof die Aeußerungstheorie vertritt, sondern eher aus der Art der Begründung und der gewählten Ausdrücke die Empfangstheorie herauszusehen.

Auch eine andere Entscheidung des Kassationshofs scheint sich für die Empfangstheorie auszusprechen. [2]) Folgender Tatbestand lag zugrunde. Eine Eigentümerin stellte in den Geschäftsräumen eines Notars, der an einem anderen Orte als sie selbst wohnte, ihr Grundstück zum Verkauf. Zwei Reflektanten, die anscheinend an dem gleichen Ort wie der Notar wohnten, machten eine gemeinsame Kaufofferte, deren Gültigkeit auf 24 Stunden begrenzt war. Die Offerte übergaben sie dem Notar, der sie auftragsgemäß an die Eigentümerin weiterleitete. Diese teilte ihre Annahmeerklärung rechtzeitig dem Notar mit. Der Notar konnte die Annahme innerhalb der 24 Stunden nur dem einen der Offerenten mitteilen; der andere war von seiner Wohnung abwesend. Ihm konnte der Notar die Annahme erst einen Tag nach Fristablauf mitteilen. Dieser Offerent leugnet das Zustandekommen des Vertrages wegen Verspätung der Annahme. Das Vordergericht hielt den Eingang der Annahmeerklärung bei dem Notar innerhalb der bestimmten Frist für ausreichend. Mit diesem Augenblick sei der Vertrag geschlossen gewesen. Der Kassationshof sieht hierin eine zulässige Würdigung des Tatbestandes. Wenn er also auch nicht ausdrücklich diese Ansicht zu der seinen macht, so sieht er doch in den Feststellungen des Vorderrichters keine Gesetzesverletzung und billigt sie damit. Als was der Notar hier rechtlich zu betrachten ist, wird nicht erörtert. Sicher war er nicht Vertreter der Offerenten. Anscheinend hat auf die Entscheidung die Erwägung eingewirkt, daß die Annahmeerklärung mit dem

[1]) Valéry DP 13. 2. 3.

[2]) Req. 2. 2. 85 DP 85. 1. 294.

Einlangen bei dem Notar den Offerenten so nahe gebracht war, daß sie sich rechtzeitig von ihr Kenntnis verschaffen konnten.

Schließlich kann man auch aus einer neueren Entscheidung des Kassationshofes vom 16. Juni 1913 [1]) entnehmen, daß er der Empfangstheorie folgt. A hatte dem Vertreter eines Weinhändlers eine feste Kaufofferte gemacht. Der Weinhändler nahm diese in einem Brief an A an, ohne von A eine erneute Bestätigung seiner Annahmeerklärung zu verlangen. Bei dieser Sachlage habe der Vorderrichter folgern können, daß zwischen den beiden Parteien Willensübereinstimmung (consentement) von dem Augenblicke an vorläge, wo A den angeführten Brief des Weinhändlers empfangen hatte (avait reçu), und daß von diesem Zeitpunkt an der Kauf geschlossen wäre.

Abschließend ist zu sagen, daß auch die Rechtsprechung nicht einheitlich den Augenblick des Wirksamwerdens des Vertrages bestimmt. Deutlich erkennbar ist aber das Ueberwiegen der Empfangstheorie bei allen Entscheidungen, die nicht zu a. 42) C. pr. c. ergangen sind.

b) Die Kündigung der Miete.

Die Kündigung wird jetzt allgemein als einseitige WE betrachtet. Vgl. C. c. 1736. [2]) Für die Kündigungserklärung ist keine Form vorgeschrieben, sie kann also mündlich oder schriftlich erfolgen.

Das Gesetz enthält keine Vorschrift, wann eine Kündigung unter Abwesenden wirksam ist. Wie bei der Vertragsannahme (vgl. oben S. 50) werden in der Wissenschaft häufig Worte wie parvenir, arriver u. ä. gebraucht, die den Schluß zulassen, daß Zugang d. h. Wahrnehmungsmöglichkeit genügt. Mit diesem Schluß muß man dort vorsichtig sein, wo ein Unterschied zwischen Zugang und Kenntnisnahme nicht gemacht wird. Wo dieses Problem aber erkannt und erörtert wird oder entschieden werden muß, lassen Wissenschaft und Rechtsprechung die Kündigung mit dem Augenblicke des Zugangs wirksam werden, ohne Rücksicht darauf, ob der Adressat den Brief gelesen hat oder nicht.

Eine Kündigung wird z. B. dann für wirksam gehalten, wenn sie rechtzeitig in der Wohnung des Adressaten eingeht und dieser aber verreist ist und den Brief erst nach Ablauf der Kündigungsfrist liest. [3]) Dabei gilt die Kündigung sogar dann als wirksam, wenn der sie enthaltende Brief von dem Adressaten zurückgewiesen wird. Er kann

---

[1]) DP 14. 1. 229.

[2]) Crome, Grundlehren 133 Anm. 7; Dalloz „Louage" Nr. 1424 und die dort angeführten Entscheidungen; Laurent 25, Nr. 326; Aubry-Rau 5, 358; Baudry-Wahl 20, 719 mit zahlreichen Entscheidungen; Planiol 2, 583; Fuzier-Herman Art. 1736 Nr. 19; Toullier 9, Nr. 34; vgl. 46 für das frühere Recht; Troplong, Louage 2, Nr. 423.

[3]) Dalloz „Louage" Nr. 1438; Trib. civ. Seine 25. 3. 86 DP 86. 3. 72; Trib. civ. Seine 19. 2. 07 DP 07. 5. 45; Baudry-Wahl 20, 719; vgl. auch Troplong, Louage 2, Nr. 424.

sich dann auf seine Unkenntnis von der Kündigungserklärung nicht berufen. Allerdings wird dies mitunter dahin eingeschränkt, daß die Erklärung nicht als wirksam gilt, wenn der Adressat die Kündigung nicht zu gewärtigen hatte und er infolgedessen den Inhalt des Briefes nicht vermuten konnte. Es wird also verlangt, daß er den Kündigungsinhalt des Briefes kannte oder kennen konnte [1]), sehr ähnlich also wie das deutsche RG bei der arglistigen Zugangsverhinderung. [2]) Es handelte sich im einzelnen um folgende Fälle: Der eingeschriebene Brief, der die Kündigung enthält, wurde rechtzeitig von der Post in der Wohnung des Adressaten vorgezeigt, von den Dienstboten aber zurückgewiesen, da der Adressat verreist wäre; diesem wurde der Brief dann verschiedentlich nachgesandt und, als er ihn schließlich nach Kündigungsfrist erreichte, auch von ihm zurückgewiesen; erst im Prozesse wurde der Brief geöffnet. Die Kündigung wird für rechtzeitig und wirksam erachtet. In der Begründung heißt es, der Mieter sei bei Abwesenheit des Eigentümers nur zur Benachrichtigung in der Wohnung verpflichtet; der Vermieter habe im vorliegenden Falle so gehandelt, um der Benachrichtigung von der Kündigung zu entgehen; es sei bedeutungslos, daß der Eigentümer selbst am 1. Oktober den Brief zurückgewiesen habe, da er ja von dem Kündigungsinhalt des Briefes durch seine Aufschrift benachrichtigt war. [3])

Ganz allgemein wird in einem anderen Falle ausgeführt [4]), daß die Abgabe des Briefes in der Wohnung des Vermieters genüge, daß es unbeachtlich sei, wenn der Brief nicht rechtzeitig in dessen Hände gelange, wenn etwa der Adressat verreist sei und keine Adresse zum Nachsenden zurückgelassen habe.

Ausdrücklich und eindeutig begnügt sich auch der Kassationshof mit Zugang, wenn er sagt, es genüge zur Gültigkeit einer Kündigung, wenn die Erklärung rechtzeitig in die Hände o d e r zur Kenntnis des Adressaten gelange. [5]) Durch das Wort „oder" wird dies hervorgehoben. Der Ausdruck „in die Hände gelangen" scheint dasselbe auszusagen, wie der im deutschen Recht für die Bestimmung des Zugangs gebräuchliche Begriff „Machtbereich" des Adressaten.

Ferner wurde eine Kündigung des Mieters für wirksam gehalten in dem Augenblick, wo sie dem Portier übergeben wird, auch wenn die Adresse des Eigentümers bekannt ist, da der Portier als zum Empfang ermächtigt gelte. [6])

---

[1]) Baudry, a. a. O.

[2]) Vgl. oben S. 26.

[3]) Trib. civ. Seine 25. 3. 86 DP 86. 3. 72.

[4]) Trib. civ. Seine 19. 2. 07 DP 07. 5. 45.

[5]) Req. 3. 5. 63 DP 1865. 1. 429.

[6]) Baudry-Wahl 20, Nr. 1254; Paris 3. 3. 1896 DP 96. 2. 416; Trib. civ. Seine 6. 1. 1903 Gaz. Pal. 1903. 1. 100; Trib. civ. Seine 19. 3. 1903; Droit 6. 6. 03; die beiden letzteren zitiert nach Baudry-Wahl 20, 720 Anm. 3.

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß nach Lehre und Rechtsprechung die Kündigung nicht erst mit dem Wahrnehmen seitens des Adressaten, sondern mit dem Zugang wirksam wird.

c) Notification.

Vielfach spricht der C. c. von notification (Zustellung) einer WE und läßt von diesem Akt entweder die Gültigkeit der WE abhängen oder knüpft besondere Folgen daran. Außerdem hält auch noch in anderen Fällen die Wissenschaft notification für eine ausreichende Form der Mitteilung mancher WEen an den Gegner. Beispiele sind die Aufkündigung einer Gesellschaft (C. c. 1865 Zif. 5, 1869) [1]), Kündigung des Mandats (C. c. 2004, 2005, 2007) [2]), Kündigung der Miete gem. C. c. 1739 und 1736, 1759. [3]) Die angeführten Erklärungen sind als einseitige WE anerkannt. Für sie alle ist also die Deklarationstheorie abgelehnt. Zweifelhaft kann nur sein, ob Zugang genügt, oder Kenntnisnahme erforderlich ist.

Was bedeutet notification in diesen Bestimmungen? Es wird nicht die formelle Zustellung durch den Gerichtsvollzieher (signification) verlangt. [4]) Es genügt die Benachrichtigung ohne besondere Form, also mündlich oder schriftlich. [5]) Zum Beweise der notification wird der eingeschriebene Brief für ausreichend gehalten. [6])

Diese Erklärungen können aber auch durch Vermittlung der Gerichtsvollzieher zugestellt werden. Diese Form ist bei der Mahnung (C. c. 1139, 1259, 1264, 1652) regelmäßig notwendig. Nur in manchen Fällen, z. B. bei Handelsgeschäften, genügt hier ein einfacher oder eingeschriebener Brief. [7]) Mit der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher ist die Erklärung wirksam. Die Zustellung erfolgt gemäß a. 68 C. pr. c. entweder an die Person oder an die Wohnung des Adressaten.

Wir sehen also, daß bei den notifizierten WEen zum Beweise der Wirksamkeit nur der Zugang nachgewiesen werden muß, und daß bei der notification durch den Gerichtsvollzieher der Zugang die Wirksamkeit nach sich zieht.

d) Widerruf.

Der Widerruf wird von der Wissenschaft besonders bei der Offerte und der Annahme behandelt. Bei der Offerte fragt es sich, wie weit

---

[1]) Crome, Grundl. 133, Anm. 7; Laurent 26 Nr. 399; Baudry 23 Nr. 452.

[2]) Crome a. a. O.; Laurent 28 Nr. 96, 105; Baudry 24 Nr. 825, 828.

[3]) Baudry-Wahl 20 Nr. 1417, 1252; Cass. 3. 5. 65 Sirey 65. 1. 249.

[4]) Vgl. Dalloz 6 „Exploit" Nr. 216.

[5]) Siehe die obigen Zitate.

[6]) Lyon 1. 12. 98 DP 00. 2. 187; Baudry 23, Nr. 452.

[7]) Dalloz 8 „Obligations" Nr. 34, 12 „Vente" Nr. 1285.

muß der Widerruf im Augenblick unmittelbar vor dem Vertragsschluß gediehen sein, um diesen noch zu verhindern. Denn entfällt vorher der Wille des Offerenten, so kann keine Willensübereinstimmung mehr eintreten, ein Vertragsschluß ist nicht mehr möglich. Auch hier werden, wie bei der Annahme, beide Theorien vertreten. Die Stellungnahme der einzelnen Schriftsteller ist, soweit das Wirksamwerden des Widerrufs von ihnen überhaupt behandelt wird, die gleiche wie bei der Annahme. [1]) Auch die Rechtsprechung ist geteilt. [2]) Hier überraschen die Entscheidungen [3]), die gleichzeitig für die Annahme der Empfangstheorie und bezüglich des Widerrufs der Aeußerungstheorie folgen. Hier wird gesagt, daß die Aeußerung des Widerrufs einer Offerte bis zum Empfang der Annahme durch den Offerenten (Empfangstheorie) genügen müsse, eine Mitteilung sei nicht nötig, um den Vertragsschluß zu verhindern. Denn auch dann schon fehle es an der für die Willensübereinstimmung notwendigen Zustimmung des Offerenten. Folgerichtig wird denn auch der Tod des Offerenten als Hinderungsgrund für den Vertragsschluß angesehen, ohne daß er dem Gegner bekannt sein müßte. [4]) Auch hier wieder kommt die streng befolgte Fragestellung des französischen Rechts bei der Betrachtung des Vertragsschlusses zum Vorschein: Liegt materielle Willenseinigung im Augenblicke des Vertragsschlusses vor?

e) Zusammenfassung.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß von einem allgemeinen Grundsatz über das Wirksamwerden der WEen noch nicht gesprochen werden kann. Auch die französische Wissenschaft beschäftigt sich nicht mit seiner Aufstellung. Jedoch ist erkennbar, daß Wissenschaft und Praxis unter dem Einfluß der neuen Postordnung bei der Vertragsannahme in steigendem Maße der Empfangstheorie folgen, und man kann vermuten, daß diese Theorie den Sieg davontragen wird. Dann erst wird man den allgemeinen Grundsatz der Empfangstheorie aufstellen können.

f) Wirksamkeit.

1. Wirksam gleich vollendet.

Eine Unterscheidung zwischen wirksam und vollendet, wie im deutschen Recht [5]), kann nicht gemacht werden. [6]) Das geht einmal aus

---

[1]) Vgl. z. B. Zachariae-Crome 2, 418; Baudry 12 Nr. 31; Hepp Nr. 111.

[2]) Vgl. Civ. 21. 12. 46 Sirey 47. 1. 67 9; Orléans 26. 6. 85 DP 86. 2. 135.

[3]) Bordeaux 17. 1. 70 DP 71. 2. 96; ebenso Bruxelles 25. 2. 67 DP 67. 2. 193.

[4]) Vgl. unten S. 57.

[5]) Oben S. 28.

[6]) Zachariae-Crome 2, 418 Anm. 5.

den gewählten Ausdrücken, die keine Unterscheidung in dieser Hinsicht erlauben, hervor und folgt ferner aus der Lösung des Falles, daß der Erklärende nach der Abgabe, aber noch vor der Ankunft der Erklärung, stirbt, geschäftsunfähig wird oder in Konkurs gerät. Denn hier entfällt mit Eintritt eines dieser Ereignisse die Wirksamkeit der Erklärung. Das ist für die Offerte anerkannt. Ist sie, wie grundsätzlich immer, nicht bindend für den Offerenten, so hat der vor der wirksamen Annahmeerklärung erfolgte Tod des Offerenten zur Folge, daß der Vertragsschluß nicht mehr möglich ist. [1]) Nach den Anhängern der Empfangstheorie ist dies also bis zum Zugang der Annahmeerklärung beim Offerenten der Fall.

Für den Fall der bindenden Offerte hat der nach ihrem Zugang eintretende Tod des Offerenten keinen Einfluß mehr auf den Vertragsschluß. Indessen wird dies noch nicht allgemein anerkannt. [2]) Stirbt der Annehmende nach Abgabe seiner Erklärung, aber vor ihrem Zugang, so kommt nach den Anhängern der Empfangstheorie ebenfalls kein Vertrag zustande. Anders jedoch nach den Anhängern der Deklarationstheorie, da hier der Vertrag ja schon geschlossen ist. [3]) Die Vollendung bedeutet also sowohl, daß nachträglicher Verlust der Rechts- oder Geschäftsfähigkeit keinen Einfluß auf die Erklärung hat, als auch, daß die Wirkungen des Vertrages einsetzen.

2. Erlöschen der Widerruflichkeit.

Mit dem Wirksamwerden der WE erlischt ihre Widerruflichkeit. Dieser Satz kann als allgemein gültig aufgestellt werden.

Ihn bei der Offerte nachzuweisen, ist schwierig, da sie, wie im englischen und gemeinen deutschen Recht, jederzeit frei widerruflich ist; denn eine Bindung durch einseitige Erklärung ist dem französischen Recht, wie schon eingangs festgestellt, unbekannt. (a. 1103 C. c.)

Jedoch erkennen neuerdings Entscheidungen und Schriftsteller auch eine einseitige Bindung an die Offerte an, ohne rechte Begründung, allerdings. [4]) Liegt aber eine bindende Offerte vor, so kann sie bis

[1]) Vgl. Dolbeau 395; Baudry 12 Nr. 31; Troplong, Vente I Nr. 27; Aubry-Rau 4 Nr. 482/3; Larombière 1101 Nr. 20; Laurent 15 Nr. 478; Hepp Nr. 112/3 stellt vereinzelt auf die Kenntnis von dem Tode usw. ab. Diese Frage ist aber nur für den Schadensersatzanspruch von Bedeutung; vgl. Baudry 12 Nr. 32.

[2]) z. B. nicht anerkannt von Demolombe 26 Nr. 64, 65; dagegen wie hier Baudry 12 Nr. 34.

[3]) Vgl. Dolbeau 396.

[4]) Vgl. Fuzier a. 1101 Nr. 42; Baudry 12 Nr. 33 und die dort genannten. Ueber die Ansätze, die Gebundenheit des Offerenten auszudehnen vgl. DP 1913. 2. 1 und Bruxelles 25. 2. 67 DP 67. 2. 194; Paris 12. 6. 69 DP 70. 2. 6; Bordeaux 17. 1. 70 DP 71. 2. 96 und 29. 1. 92 DP 92. 2. 390; Req. 11. 5. 70 DP 71. 1. 61.

zu ihrer Kenntnisnahme widerrufen werden. [1])

Die Annahmeerklärung ist ebenfalls bis zur Wirksamkeit widerruflich, das ist also je nach dem Standpunkt, den man zum Vertragsschluß einnimmt, sehr verschieden. Die Anhänger der Deklarationstheorie können gar nicht von Widerruflichkeit reden. Die anderen verlegen das Erlöschen der Widerruflichkeit in den Zeitpunkt der Ankunft oder der Kenntnisnahme. [2])

---

[1]) Vgl. DP 67. 2. 193 Note 1; Bordeaux 13. 6. 53 DP 55. 2. 322 und 17. 1. 70 DP 71. 2. 96; Paris 12. 6. 69 DP 70. 2. 6; Baudry 12 Nr. 33, 35; Aubry-Rau 4, 482; Dolbeau 386.

[2]) Vgl. Zachariae-Crome 2. 419; Larombière a. 1101 Nr. 19, 21; Baudry-Saignat 19 Nr. 35; Nîmes 4. 3. 08 DP 08. 2. 248; Toulouse 13. 6. 01 DP 02. 2. 16.

Englisches Recht.

I. Einleitung.

Das englische Recht stellt weder im common law noch in den principles of equity allgemeine Grundsätze über das Wirksamwerden der WEen auf. Auch die englische Wissenschaft erörtert weder diese grundsätzliche Frage, etwa bei dem Vertragsschluß, wie im gemeinen deutschen Recht und in den oben erörterten kontinentalen Rechten üblich, noch setzt sie sich für eine einzelne WE mit den von uns aufgestellten Theorien auseinander. Im Folgenden sollen wie bei den schon behandelten ausländischen Rechten einzelne WEen erörtert werden.

II. Offerte.

Das englische Recht unterscheidet den contract by seal und den simple contract. Die erstere Art des Vertragsschlusses wird bei der folgenden Untersuchung nicht berücksichtigt, da sie zu einem Vergleich mit unserem Recht nicht geeignet ist.

Während früher [1]) beim Vertragsschluß von der Willenseinigung ausgegangen wurde — wie heute noch im französischen Recht — und wenig Wert auf Offerte und Annahme gelegt wurde, sind diese heute der Ausgangspunkt für die Beurteilung des Vertragsschlusses. Man fragt in erster Linie nicht, wann liegt Willenseinigung vor [2]), sondern der englische Richter prüft, welches ist die Offerte, welches die Annahme. [3]) Daher führen einige Schriftsteller jeden Vertrag auf die Annahme einer Offerte zurück [4]), während andere [5]) übereinstimmenden Willensausdruck als zweiten Entstehungsgrund eines Vertrages ansehen, diesen aber auf die Fälle des Vertrages durch Urkunde unter Siegel beschränken und auch hierfür die Möglichkeit zugeben, eine Offerte und deren Annahme zu konstruieren. Die englische Betrachtungsweise erleichtert die folgende Untersuchung, wann eine wirksame Offerte und Annahme vorliegt, während die französische Fragestellung zu Schwierigkeiten führte.

Die Offerte wie die Annahme müssen dem Gegner mitgeteilt sein (communicated). [6]) Damit wird nicht Kenntniserlangung gefordert, vielmehr nur das grundsätzliche Erfordernis der Adressierung aufgestellt.

---

[1]) Prochownick 8.

[2]) Was im französischen Recht zur Anerkennung des Vertragsschlusses durch sich kreuzende WEen führt, vgl. oben S. 46.

[3]) Vgl. z. B. Gibbons v. Proctor (Anson 55, Pollock 23).

[4]) So Anson 18.

[5]) Pollock 6 und die Kodifikation von Jenks s. Prochownick § 189 S. 8.

[6]) Anson 24, Pollock 11.

Die Mitteilung einer Offerte ist erfolgt, wenn sie dem Gegner bekanntgegeben ist. [1]) Im Falle Taylor v. Laird [2]) hatte der Kläger das Kommando auf dem Schiffe des Beklagten während einer Reise niedergelegt, war aber weiterhin auf dem Schiffe tätig gewesen, wofür er eine Vergütung verlangte. Das Gericht wies die Klage ab und führte aus, in dem Verhalten des Klägers sei eine Offerte zu erblicken (das englische Recht kennt keine negotiorum gestio); von ihr habe der Beklagte keine Kenntnis erhalten, daher habe er die angebotenen Dienste auch nicht annehmen können, ein Vertrag habe somit nicht entstehen können.

Damit ist also die Uebermittlungstheorie zu Gunsten der Vernehmungstheorie abgelehnt. Hier sind auch einige Fälle der Auslobung zu erörtern, die nach englischer Auffassung eine Offerte darstellt, sodaß durch Vornahme der ausgeschriebenen Handlung, die Annahme, ein Vertrag entsteht. Wird nun die Annahme in Unkenntnis der Offerte, der Auslobung, vorgenommen, so kann folgerichtig kein Vertrag zustandekommen, eine Lösung, die in der Literatur herrschend [3]), in den englischen Entscheidungen aber zweifelhaft ist [4]), dagegen von der amerikanischen Praxis anerkannt wird. [5])

Zweifelhaft bleibt, ob Zugang genügt oder Kenntnisnahme erforderlich ist. Wenn auch von Wissenschaft und Rechtsprechung nicht eindeutig hierzu Stellung genommen wird, so lassen doch die Entscheidungen der Fälle, wo nach englischer Auffassung durch Uebergabe eines Dokumentes, etwa einer Schiffskarte, eine Offerte gemacht wird, erkennen, daß das Recht nicht der strengen Vernehmungstheorie folgt, sondern zumindest eine vermittelnde Stellung einnimmt. In diesen Fällen ist häufig zu entscheiden, wie weit der Annehmende durch Bedingungen gebunden ist, die er nicht kennt, weil er sie nicht gelesen hat, da sie z. B. versteckt auf der Rückseite der Karte standen. Die allgemeine Richtung geht dahin, den Annehmenden grundsätzlich an derartige Bedingungen gebunden zu halten, auch wenn er sie nicht liest. [6]) Ausnahmen aber werden zugelassen, wenn die Verkehrsauffas-

---

[1]) Prochownick 8.

[2]) Finch 44.

[3]) Prochownick 10; Anson 24, 55; Pollock 23.

[4]) Williams v. Cowerdine (1833); Finch 1 ist nicht klar; Gibbons v. Proctor (Anson 55) spricht sich dagegen aus, die Berichterstattung und bindende Kraft der Entscheidung werden aber in der Wissenschaft bezweifelt, vgl. Anson-Prochownick 33.

[5]) Fitch v. Snedaker; Anson 24; Anson (Turck) 74.

[6]) Anson 26; Pollock 40; ähnlich Prochownick 9; Watkins v. Rymill (1883); Finch 77 oben „wenn die Urkunde ohne Einwand von demjenigen, dem sie überreicht ist, angenommen wird, so ist dieser grundsätzlich an ihren Inhalt gebunden, und sein Verhalten gilt als Annahme der ihm gemachten Offerte, gleichgültig, ob er die Urkunde liest oder sonst sich über den Inhalt informiert oder nicht"; Burke v. S. E. Ry. Co. Finch 66.

sung es verlangt, bei betrügerischem Vorgehen usw. [1]) In diesem Grundsatz ist ein Bekenntnis zur Empfangstheorie zu erkennen; man begnügt sich nicht mit einer Befreiung des Offerenten von der Beweislast, sondern verlangt nur Kenntnisnahmemöglichkeit nach der Verkehrsauffassung.

Unter die vom englischen Richter zu stellende Frage: Liegt eine angemessene Mitteilung der Offerte und der einzelnen Bedingungen vor? fallen nach der in unserem Rechte üblichen Trennung so verschiedene Fragen wie nach der Geeignetheit der Erklärungsmittel und nach dem Zugang.

III. Annahme.

Für das Wirksamwerden der Annahmeerklärung gelten andere Bestimmungen als für die Offerte. Grundsätzlich ist die Offerte dann angenommen, wenn der Oblat die Annahme in der vom Antragenden vorgeschriebenen Art erklärt hat. [2]) Wenn dieser auf die Absendung einer Annahmeerklärung verzichtet, so wird die Annahme schon mit der Kenntlichmachung des Willens wirksam, eine rein innerliche Zustimmung genügt aber nicht. [3]) Also genügt u. U. die Vornahme einer Handlung ohne Mitteilung [4]), um einen Vertrag entstehen zu lassen, wie z. B. im Falle Carlill v. Carbolic Smoke Ball (1892) [5]), wo auf eine Auslobung (Offerte) hin die verlangte Handlung ausgeführt wurde, ohne Mitteilung an den Offerenten. Das Gericht nahm Vertragsschluß an und begründete dies damit, daß das Erfordernis der Mitteilung im Interesse des Offerenten aufgestellt und von diesem verzichtbar sei. [6])

Hat der Offerent nichts über das Wirksamwerden der Annahme, den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, vorgeschrieben, so wird die Annahme grundsätzlich erst mit der Kenntnisnahme durch den Offerenten wirksam. [7]) Dieser Grundsatz erleidet jedoch so große Ausnahmen, vor allem regelmäßig bei allen schriftlichen Verträgen unter Abwesenden, daß er praktisch hinter den Ausnahmen völlig zurücktritt, ja mitunter schon außer Acht gelassen zu werden scheint. [8]) Nämlich in allen Fällen, wo

---

[1]) Vgl. die Aufzählung im Falle Watkins, Finch 77; besonders Henderson v. Stevenson, Finch 58. Ferner Richardson v. Rowntree (1894) (Anson-Prochownick 36) wo auf der Rückseite der Karte in kleiner Schrift und durch einen roten Aufdruck undeutlich gemacht, eine Einschränkung der Haftung stand. Das Gericht hielt dies nicht für angemessene Mitteilung.

[2]) Prochownick § 196; Anson 30; Pollock 39.

[3]) Brogden v. Metro. Ry. Co. Prochownick 28.

[4]) Adressierung communication notification, vgl. Finch 38 oben.

[5]) Finch 25.

[6]) Finch 37.

[7]) Prochownick § 196; Household Ins. Co. v. Grant (Finch 133).

[8]) Frankenstein I, 588; Ehrenzweig 134.

eine Annahme durch die Post ausdrücklich oder nach den besonderen Umständen oder allgemeinem Brauch vorgeschrieben oder erlaubt ist [1]), gilt die Annahme als erklärt und der Vertrag geschlossen mit der ordnungsmäßigen Aufgabe des Annahmebriefes auf der Post. Maßgebend für diese Regelung war die Möglichkeit für den Offerenten, strengere Bedingungen, auch Kenntnisnahme der Annahme zu verlangen. Macht er hiervon keinen Gebrauch, so wird hierin die Bestellung der Post als Vertreter in der Empfangnahme des Briefes gesehen, mit Uebergabe an den Vertreter wird die Erklärung wirksam. [2])

Im Falle Adams v. Lindsell (1818) [3]) verspätete sich die Offerte, in der briefliche Antwort gefordert wurde; infolgedessen kam auch die sofort vorgenommene Annahme später an als vom Offerenten erwartet; dieser hatte die Ware in der Zeit zwischen Absendung und Ankunft der Annahme verkauft. Das Gericht lehnte die Ansicht, daß erst mit Eintreffen der Antwort der Vertrag geschlossen sei, ab; „die Offerte müsse als in jedem Augenblick während ihrer Beförderung gemacht gelten, daher sei der Vertrag mit der Annahme (gemeint ist ihre Absendung) vollendet." In der Begründung wird darauf hingewiesen, daß, wenn man verlange, der Offerent müsse im Augenblick des Vertragsschlusses von seiner Bindung wissen, dies auch für den Annehmenden verlangt werden könne, so daß dieser erst mit einer Rückantwort des Offerenten gebunden sei, und so ad infinitum.

Vergl. ferner Henthorn v. Fraser [4]), wo briefliche Annahme nach allgemeinem Brauch als zulässig angesehen wird, wenn die Parteien in verschiedenen Städten wohnen.

War man sich in diesen Entscheidungen grundsätzlich schon über die Uebermittlungstheorie einig, so blieb doch noch der Fall offen, wenn der Annahmebrief niemals ankommt. Nach Potter v. Sanders (1846) [5]) soll die Aufgabe zur Post nur dann Vertragsschluß herbeiführen, sofern der Brief auch ankommt. [6]) Zweifelnd waren die Entscheidungen in Harris' Case [7]) und Dunlop v. Higgins (1848). [8])

Der Zweifel wurde erst entschieden durch den bereits genannten Fall Household v. Grant (1879). [9]) Hier wurde mit aller Deutlichkeit ausgesprochen, daß der Vertrag mit Aufgabe des Annahmebriefes ge-

---

[1]) Prochownick § 198; Household v. Grant, Finch 139 unten; Anson 29, Pollock 38 u. 728 mit vielen Entscheidungen.

[2]) Prochownick 24; Pollock 39; etwas anders: Byrne v. Tienhoven (Finch 106).

[3]) Finch 102.

[4]) Finch 148.

[5]) Pollock 730.

[6]) Ebenso British a. American Tel. Co. v. Colson (1871); Pollock 730.

[7]) Finch 125.

[8]) Finch 108.

[9]) Finch 133.

schlossen sei, gleichgültig ob dieser verspätet oder überhaupt nicht sein Ziel erreiche. In den Begründungen wird darauf hingewiesen, daß jede Lösung in einzelnen Fällen Härten aufwiese, man könne aber die etwaigen Folgen eines Fehlgehens nicht gleichmäßig auf beide Parteien verteilen. Der Offerent, der bei der gegebenen Lösung die Gefahr trage, habe die Möglichkeit, den Vertragsschluß von seiner Kenntniserlangung abhängig zu machen. Dagegen wird angeführt, daß diese Regel (Uebermittlungstheorie) analog auf alle WEen angewandt werden könne, dann aber zu unhaltbaren Resultaten führe.

Für das amerikanische Recht bekennt sich Taylor v. Merchant's Fire Ins. Co. (1850) [1]) zu der gleichen Ansicht. In der Begründung wird darauf hingewiesen, daß eine Einigung in dem Sinne, daß jede Partei z. Zt. des Vertragsschlusses nun auch wisse, ob dieser perfekt sei, bei Verträgen unter Abwesenden unmöglich sei. Bei Abwägung der widerstreitenden Interessen sei die gegebene Lösung vorzuziehen.

In der amerikanischen Wissenschaft [2]) werden jedoch Zweifel laut, ob die Einführung des Rückrufrechts in der Postordnung von 1913 nicht eine Aenderung des Rechts notwendig mache. Ein ähnlicher Vorgang ist ja deutlich im französischen Recht erkennbar. [3]) Im amerikanischen ebenso wie im englischen Recht kann die Annahme nicht widerrufen werden, auch wenn der Widerruf dem Empfänger eher zur Kenntnis kommt als die Annahme, denn mit der Absendung tritt die vertragliche Bindung ein, die durch einen einseitigen Akt, wie den Widerruf, nicht beseitigt werden kann. [4]) An einer bindenden Entscheidung fehlt es jedoch noch. [5]) Dagegen wurde in einer schottischen Entscheidung Dunmore v. Alexander (1830) [6]) der gleichzeitig mit der Annahme eintreffende Widerruf für wirksam erachtet. Die Unwiderruflichkeit der Annahme ist folgerichtig und wird teilweise als billig empfunden [7]), teilweise als unbillig. [8]) Der Indian Contract Act 1872 läßt den Widerruf der Annahme bis zur Kenntniserlangung zu.

IV. Widerruf.

Wie soeben erörtert, kennt das englische Recht keinen Widerruf der Annahme. Es bleibt daher im Folgenden nur der Widerruf der Offerte

---

[1]) Pollock 731/2; Anson-Turck 56.

[2]) Anson-Turck 56.

[3]) Vgl. oben S. 47, 50.

[4]) Prochownick 26; Schuster 352; Anson 29, 36; Pollock-Mulla 40.

[5]) Vgl. Household v. Grant; Finch 137, wo diese Ansicht nur obiter dictum geäußert wurde.

[6]) Finch 120.

[7]) So Anson 37: „warum soll der Annehmende bei Vertragsschluß unter Abwesenden besser behandelt werden als unter Anwesenden?"

[8]) Pollock, zitiert bei Schuster 353.

zu erörtern. Wann wird er wirksam? Da der Vertrag regelmäßig [1]) mit Absendung der Annahme geschlossen ist, so fragt es sich, wie weit muß der Widerruf in diesem Augenblick gediehen sein, um noch wirksam zu sein?

Die Offerte des englischen Rechts hat, wie im gemeinen deutschen und heute noch im französischen Recht, aber im Gegensatz zum jetzigen deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht keine bindende Kraft; sie kann jederzeit bis zum Vertragsschluß widerrufen werden. Selbst wenn der Offerent dem Gegner eine Annahmefrist einräumt, bei der vermuten müßte, er wolle sich selbst binden, so hindert dies nicht den Widerruf [2]), es sei denn, er verpflichte sich durch eine Urkunde unter Siegel, oder es käme über die Gebundenheit ein simple contract zustande, wobei aber das Erfordernis der consideration regelmäßig Schwierigkeiten bereiten wird.

Es ist die Ansicht vertreten worden, der Widerruf sei auch ohne Mitteilung wirksam, da schon dann die zum Vertragsschluß notwendige Willenseinigung nicht vorliege. Indessen wird dies jetzt einmütig verworfen [3]), mit der Begründung, daß ein nicht geäußerter Wille (state of mind) praktisch und rechtlich unbeachtlich sei.

Hiermit stimmt aber folgerichtig nicht die Stellungnahme der Wissenschaft zum Tode des Offerenten überein. Der Tod des Offerenten soll das Erlöschen der Offerte sofort zur Folge haben, ohne daß der Annehmende von ihm erfährt. [4]) Diese Norm ist indessen durch keine Entscheidung festgelegt. Die oft angeführte Stelle in Dickinson v. Dodds [5]) hat keine bindende Kraft, da nur vergleichsweise erwähnt; aber es liegen Entscheidungen über den analogen Fall des Erlöschens der Vollmacht vor, auf die man sich beruft. Folgerichtig müßte man auch hier Kenntniserlangung vom Tode fordern [6]), denn es liegen die gleichen Erfordernisse zum Schutze des Annehmenden vor; zumal wird der Tod immer in Analogie zum Widerruf behandelt oder sogar wie ein Unterfall.

Die Frage, ob zur Mitteilung die Adressierung genügt, wie regelmäßig bei der Annahme, oder ob Kenntnisnahme erforderlich ist, ist in letzterem Sinne zu beantworten. [7]) Sie wurde entschieden in Byrne v. van Tienhoven (1880) [8]) mit der Begründung, eine Parallele mit der

---

[1]) Wenn auch nicht grundsätzlich.

[2]) Siehe Offord v. Davies (Finch 87); Dickinson v. Dodds (Finch 93); Prochownick §§ 192, 195.

[3]) Vgl. die Zusammenstellung bei Byrne v. van Tienhoven, Finch 106.

[4]) So Prochownick 16; Anson 37; Pollock 42. Ebenso für das amer. Recht Anson-Turck 49/50 mit amerikan. Entscheidungen, die aber nicht klar erkennen lassen, ob Kenntnis vom Tod erforderlich.

[5]) Finch 102 oben.

[6]) So auch Schuster 344 und der Indian Contract Act s. 6.

[7]) Prochownick 17; Anson 42; Pollock 32.

[8]) Finch 106/7.

Annahme, die schon mit der Absendung wirksam sei, könne nicht gezogen werden, da diese frühe Wirksamkeit auf der „Einwilligung des Offerenten, die rechtzeitig abgesandte Erklärung als genügende Annahme und Mitteilung anzusehen, beruhe, oder m. a. Worten, weil er die Post zu seinem Vertreter in der Annahme und ihrer Mitteilung bestellt habe", bei dem Widerruf diese Ueberlegung aber nicht angestellt werden könne; rechtliche Grundsätze und praktische Erwägungen sprächen dafür, den Annehmenden, dem ein Widerruf nicht bekannt sei, in dem Glauben an den Vertragsschluß und in seinen darauf vorgenommenen Dispositionen zu schützen.

Die gleiche Argumentierung findet sich in Henthorn v. Fraser (1892) [1]), wo die Entscheidung auf den Fall einer Offerte durch Boten und Annahme durch die Post ausgedehnt wurde. [2]) Das amerikanische Recht entscheidet wie das englische. [3])

Stark umstritten sind die Fälle, in denen der Offerent den Widerruf nicht adressierte und der Gegner zufällig den Widerruf erfuhr. [4])

V. Indian Contract Act 1872.

In diesem Zusammenhange ist es interessant, die Bestimmungen über den Vertragsschluß des Indian Contract Act von 1872 zu betrachten. Vor diesem Gesetz galt auf diesem Gebiete, von den Verträgen unter Eingeborenen muß hier abgesehen werden, das englische common law und gilt auch heute noch, soweit das Gesetz Lücken aufweist. [5]) Dieses Gesetz ist, wie aus der Präambel hervorgeht, zu dem Zweck geschaffen worden, einige Teile des Vertragsrechts genau festzulegen (define) und zu ändern. Wie häufig bei englischen Gesetzen tritt dieses Gesetz nicht an Stelle des bisherigen case law, sondern bringt nur, da es teilweise von Indern angewandt werden muß, die naturgemäß nicht mit dem englischen case law so vertraut sein können, eine möglichst erschöpfende Aufzeichnung der Grundlinien und einige Aenderungen, die sich in engen Grenzen halten. Aber durch diese Aenderungen, die auf dem hier behandelten Gebiete nicht durch besondere indische Verhältnisse bedingt sind, werden die Tendenzen sichtbar, in denen sich das englische Recht bewegt, welche Bestimmungen des common law als abänderungsbedürftig angesehen werden.

Die hier in Betracht kommenden Bestimmungen sind ss. 4, 5 und 6. Neu ist zunächst, daß auch die Annahme widerrufen werden kann (s. 5).

---

[1]) Finch 148.

[2]) Vgl. ferner London a. Northern Bank (1900); Prochownick 25.

[3]) Anson-Turck 64/5 mit Entscheidungen.

[4]) Dickinson v. Dodds 1892 (Finch 97); vgl. Prochownick 17/8. Der Offerent verkaufte die Sache; der Gegner erfuhr dies und erklärte trotzdem die Annahme. Das Gericht verneinte den Vertragsschluß. Die andere Lösung sei absurd.

[5]) Pollock-Mulla 7.

Nach s. 4 ist die Mitteilung der Offerte wirksam (complete) mit Kenntnisnahme; bei der Annahme und dem Widerruf ist dagegen die Wirksamkeit abgestuft: Bei der Annahme (s. 4 II) ist die Mitteilung der Erklärung wirksam für den Offerenten mit der Absendung, für den Annehmenden erst mit Kenntnisnahme und bei dem Widerruf für den Widerrufenden schon mit der Absendung [1]), für den Erklärungsgegner erst mit Kenntniserlangung. S. 5 bestimmt dann weiter, daß der Widerruf einer Offerte möglich ist bis zur Wirksamkeit der Annahme für den Offerenten, also bis zur Entäußerung der Annahmeerklärung, daß die Annahme widerrufen werden kann bis zur Wirksamkeit der Annahme für den Annehmenden, also bis zur Vernehmung der Annahmeerklärung durch den Offerenten.

Die Annahme ist also bis zur Kenntniserlangung widerruflich, wird erst in diesem Zeitpunkt wirksam. Die Bestimmung, die Annahme sei dem Offerenten gegenüber schon mit Absendung wirksam, hat aber zur Folge, daß schon zu dieser Zeit und an diesem Ort die Wirkungen des Vertrages eintreten [2]), eine ähnliche Zurückbeziehung also wie nach Art. 321 ADHGB, Art. 10 Schw. OR. Die Wirksamkeit des Widerrufs für den Widerrufenden schon mit der Absendung wird den Ausschluß eines weiteren Widerrufs bedeuten.

Die Regelung des Gesetzes bedeutet also für Offerte, Annahme und den Widerruf beider die Vernehmungstheorie. Hieran ist, abgesehen von der Widerruflichkeit der Annahme, grundsätzlich nichts Neues. Allerdings ist nunmehr die im common law den Grundsatz der Vernehmungstheorie bei der Annahme überwuchernde Ausnahme beseitigt und damit praktisch viel geändert.

Festgehalten wurde an der Möglichkeit, daß der Offerent andere Annahmebedingungen aufstellen kann (ss. 7, 8), ferner an dem Fehlen der bindenden Kraft der Offerte (s. 5) auch bei Fristsetzung, solange darüber kein Vertrag zustandekommt, und auch an dem Erlöschen der Offerte durch den Tod des Offerenten, wobei aber Kenntniserlangung gefordert wird (s. 6).

VI. Zusammenfassung.

Wir sahen, daß für die Offerte und ihren Widerruf die Vernehmungstheorie gilt. Wir sahen ferner, daß grundsätzlich auch für die Annahme die Vernehmungstheorie gilt, daß hier aber infolge der weitgehenden Vermutung, daß die Annahme durch die Post als zulässig gilt, und die darin liegende Bestellung der Post als Vertreter im Emp-

[1]) put into course of transmission . . . so as to be out of the power of the person who makes it.

[2]) Pollock-Mulla 38. Mit Absendung der Annahme wird die Offerte ein promise (bindend), bevor also feststeht, ob eine consideration vorliegt, eine starke Abweichung vom common law.

fang regelmäßig die Uebermittlungstheorie gilt. Eine Untersuchung über weitere WEen, z. B. Kündigung, Anfechtung, Rücktritt, führt zu keinem Ergebnis, da es an allgemein gültigen Normen über ihr Wirksamwerden fehlt. [1]) Wir sahen ferner, daß in der neueren Kodifikation des Indian Contract Act die Vernehmungstheorie zur Herrschaft gekommen ist.

Wir stellten schließlich fest, daß eine Unterscheidung zwischen dem Augenblick des Zugangs und dem der Kenntnisnahme von der Wissenschaft nicht gemacht wird, auch auf Grund der Entscheidungen nicht allgemein gültig getroffen werden kann.

Da weder die englische Wissenschaft noch Praxis einen allgemein gültigen Satz über das Wirksamwerden der WEen aufstellt, solche theoretischen Verallgemeinerungen dem englischen Recht auch fernliegen, so muß auch hier von der Ziehung eines solchen Schlusses abgesehen werden. Jedoch kann auf Grund der vorstehenden Untersuchung gesagt werden, daß im englischen Recht ebenso wie im kontinentalen der Widerstreit der Parteinteressen erkannt wird, daß die Lösung ebenfalls in einer möglichst billigen Verteilung der möglichen Nachteile gesucht wird, und daß das englische Recht in steigendem Maße der Vernehmungstheorie in dem weiteren Sinne, der die Empfangstheorie mit einschließt, zuneigt.

[1]) Prochownick 12.

Lebenslauf.

Ich wurde am 28. März 1903 in Coswig in Sachsen als Sohn des Arztes Dr. med. Karl Bünger und seiner Ehefrau Anna, geb.Homann, geboren. Nach dreijährigem Privatunterricht besuchte ich von 1912 bis 1921 das Realgymnasium zu Brandenburg a. H., das ich nach Ablegung der Reifeprüfung verließ. Darauf war ich ein Jahr Volontär bei der Potsdamer Credit-Bank und zwei Jahre bei der Darmstädter und Nationalbank angestellt. Während dieser Zeit war ich an der Universität Berlin immatrikuliert. Im Sommersemester 1924 studierte ich an der Universität Tübingen und im Wintersemester 1924/5 an der Universität München. Darauf kehrte ich an die Universität Berlin zurück und begann dort neben dem Rechtsstudium am Seminar für Orientalische Sprachen Chinesisch zu lernen. Im Juli 1928 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht und wurde darauf zum Referendar ernannt. Am 22. Juli 1930 legte ich am Seminar für Orientalische Sprachen in Berlin die Diplomprüfung für Chinesisch ab. Am 18. Dezember 1930 bestand ich die mündliche Doktorprüfung an der Universität Tübingen.

• Zu der vorliegenden Dissertation wurde ich von Herrn Professor Dr. Heinrich Stoll angeregt. Für seine liebenswürdige Unterstützung sage ich auch an dieser Stelle meinen ergebensten Dank.

Berlin, den 24. Januar 1931. Karl A. Bünger.